
KRONIEK RECHTSPRAAK HOF VAN JUSTITIE 2010 INZAKE OVERHEIDSOPDRACHTEN

KRIS WAUTERS en IRIS VAN BAELE



1. Principes

In een eerste punt behandelen de auteurs een aantal arresten, waar het toepassingsgebied van het beginsel inzake gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplicht wordt besproken. Vervolgens gaan de auteurs in op een aantal uitspraken, waar de doelstellingen van de richtlijnen aan bod komen en vervolgens de inhoud van voornoemde beginselen.

1.1. Toepassingsgebied

1.1.1. *Ratione personae*

Arrest Hof van Justitie d.d. 13 april 2010 (arrest Wall) (zaak C-91/08)

Via één van de vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een concessiehoudende onderneming onderworpen is aan de transparantieverplichting die voortvloeit uit de artikelen 43 EG en 49 EG, het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, wanneer zij een overeenkomst sluit voor diensten die onder de concessie vallen die haar door de openbare autoriteit is verleend.

Om uit te maken of een entiteit kan worden gelijkgesteld met een openbare autoriteit die aan de transparantieverplichting is onderworpen, dient te worden uitgegaan van bepaalde aspecten van de definitie van het begrip “aanbestedende dienst” in artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 betreffende overheidsopdrachten voor dienstverlening, voor zover deze aspecten beantwoorden aan de vereisten die volgen uit de toepassing van de uit de artikelen 43 EG en 49 EG voortvloeiende transparantieverplichting op dienstenconcessies.

Laatstgenoemde artikelen, het beginsel van gelijke behandeling, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting streven immers dezelfde doelstellingen na als deze richtlijn, die met name gericht is op het vrij verrichten van diensten en het openstellen van de markt in de lidstaten voor een onvervalste mededinging.

Gelet op het bovenstaande dienen twee voorwaarden te worden onderzocht, namelijk of de betrokken onderneming daadwerkelijk door de staat of een andere openbare autoriteit wordt gecontroleerd en of zij niet in concurrentie treedt met andere ondernemingen op de markt.

1.1.2. *Ratione materiae*

Arrest Hof van Justitie d.d. 13 april 2010 (arrest Wall) (zaak C-91/08)

In de huidige stand van het recht van de Unie vallen concessieovereenkomsten voor diensten niet binnen de werkingssfeer van één van de richtlijnen waarbij de wetgever van de Unie de materie van de overheidsopdrachten heeft geregeld. De openbare autoriteiten die dergelijke overeenkomsten sluiten, dienen evenwel de fundamentele regels van het EG-Verdrag, met name de artikelen 43

EG en 49 EG en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting, in acht te nemen.

Deze transparantieverplichting is van toepassing wanneer een onderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan die waar de betrokken dienstenconcessie wordt verleend, in deze concessie geïnteresseerd kan zijn.

Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat ondernemingen die in een andere lidstaat dan de Bondsrepubliek Duitsland zijn gevestigd, geïnteresseerd kunnen zijn in de dienstenconcessie die in het hoofdgeding aan de orde is. De nationale rechter stelt namelijk vast dat de aanbesteding “voor de gehele Europese Unie” in het publicatieblad van de stad Frankfurt is aangekondigd en is van oordeel dat een inbreuk op de transparantieverplichting een – althans potentiële – discriminatie vormt van ondernemingen uit andere lidstaten.

Arrest Gerecht d.d. 20 mei 2010 (arrest Duitsland t. commissie) (zaak T-258/06)

De bijzondere en strenge procedures van de communautaire richtlijnen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten zijn alleen van toepassing op overeenkomsten waarvan de waarde de in elk van die richtlijnen uitdrukkelijk vastgestelde drempel overschrijdt. Deze regels van die richtlijnen zijn dus niet van toepassing op opdrachten waarvan de waarde onder de daarin vastgestelde drempel ligt.

Dit betekent echter nog niet dat laatstgenoemde opdrachten van de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht zijn uitgesloten. Volgens vaste rechtspraak van het Hof zijn de aanbestedende diensten met betrekking tot het plaatsen van opdrachten waarvoor, gelet op de waarde ervan, de in de gemeenschapsrichtlijnen voorziene procedures niet gelden, namelijk niettemin gehouden om de fundamentele regels van het EG-Verdrag in het algemeen en het verbod van de discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht te nemen.

Dit wordt trouwens bevestigd door punt 9 van de considerans van richtlijn 2004/17, volgens hetwelk “voor overheidsopdrachten waarvan de waarde lager is dan de drempelwaarde voor de toepassing van de bepalingen inzake coördinatie door de Gemeenschap, [...] het raadzaam [is] te verwijzen naar de jurisprudentie van het Hof [...], volgens welke de voorschriften en beginselen van bovengenoemd verdrag [te weten het gelijkheidsbeginsel, waarvan het discriminatieverbod slechts een bijzondere uitdrukking is, het beginsel van wederzijdse erkenning, het evenredigheidsbeginsel en het transparantiebeginsel] van toepassing zijn”, alsmede door de punten 1 en 2 van de considerans van richtlijn 2004/18, waarin wordt gezegd dat diezelfde beginselen van toepassing zijn op het plaatsen alle opdrachten in de lidstaten ongeacht of de waarde ervan boven of onder de drempels valt.

Het is vaste rechtspraak van het Hof dat het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit met name een transparantieverplichting inhouden, zodat de concessie verlenende overheidsinstantie zich ervan kan vergewissen dat deze beginselen in acht worden genomen, waarbij

deze verplichting wordt bevestigd in punt 9 van de considerans van richtlijn 2004/17 en in punt 2 van de considerans van richtlijn 2004/18. Hieruit volgt dat de lidstaten en hun aanbestedende diensten deze transparantieplichting, zoals zij door het Hof is uitgelegd, moeten nakomen bij het plaatsen van elke overheidsopdracht.

Arrest Hof van Justitie d.d. 18 november 2010 (arrest commissie t. Ierland) (zaak C-226/09)

Volgens vaste rechtspraak zijn de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten op het niveau van de Unie gecoördineerd om belemmeringen voor het vrije verkeer van goederen en diensten op te heffen en dus om de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers.

Hieruit volgt dat de door de wetgever van de Unie vastgestelde regeling inzake de bekendmaking van opdrachten voor het verlenen van onder bijlage II B van de richtlijn vallende diensten niet aldus kan worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan de toepassing van de uit de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU voortvloeiende beginselen in het geval dat dergelijke opdrachten toch een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen, en daarmee van de verplichtingen om transparantie te waarborgen en de inschrijvers gelijk te behandelen.

Deze transparantieplichting is van toepassing wanneer een onderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan die waar de dienstenopdracht wordt verleend, in deze opdracht geïnteresseerd kan zijn.

Het feit dat in casu ondernemingen uit een andere lidstaat dan Ierland in de litigieuze opdracht geïnteresseerd zouden kunnen zijn, volgt zowel uit de bekendmaking van een aankondiging van deze opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie* als uit de omstandigheid dat drie van de inschrijvers in een andere lidstaat dan Ierland gevestigd waren.

1.2. Mededinging

Arrest Hof van Justitie d.d. 22 december 2010 (arrest Mehläinen en Terveystalo Healthcare) (zaak C-215/09)

Aangaande de argumenten van Oulun kaupunki dat "Oulun kaupunki een voordelig en prijsgunstig contract is overeengekomen" en dat dankzij deze verbintenis "de gezamenlijke onderneming haar activiteiten onder gunstige voorwaarden begint", zij eraan herinnerd dat blijkens de rechtspraak van het Hof de gunning van een overheidsopdracht aan een gemengde onderneming zonder oproep tot inschrijving ingaat tegen de doelstelling van een vrije en onvervalste mededinging en tegen het beginsel van gelijke behandeling, omdat een dergelijke procedure een private onderneming die deelneemt in het kapitaal van die onderneming, zou bevoordelen tegenover haar concurrenten.

1.3. Gelijke behandeling en transparantie

Arrest Gerecht d.d. 19 maart 2010 (arrest Evropaïki Dynamiki t. commissie) (zaak T-50/05)

Volgens artikel 89, lid 1, van het Financieel reglement worden bij alle geheel of gedeeltelijk door de begroting gefinancierde overheidsopdrachten het transparantiebeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van non-discriminatie in acht genomen.

Volgens vaste rechtspraak moet de aanbestedende dienst dan ook in elke fase van een aanbestedingsprocedure erop toezien dat het beginsel van gelijke behandeling wordt geëerbiedigd en dat bijgevolg alle inschrijvers gelijke kansen hebben.

Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, dat is gericht op het bevorderen van een gezonde en doeltreffende mededinging tussen de ondernemingen die deelnemen aan een openbare aanbestedingsprocedure, eist dat alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen bij het formuleren van hun offertes, en impliceert dus dat voor deze offertes dezelfde voorwaarden gelden voor alle inschrijvers.

Uit de rechtspraak blijkt ook dat het beginsel van gelijke behandeling verplicht tot transparantie, opdat de naleving ervan zou kunnen worden gecontroleerd.

Dit transparantiebeginsel heeft in wezen tot doel, te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure duidelijk, precies en ondubbelzinnig worden geformuleerd in de aankondiging van opdracht of in het bestek.

Het transparantiebeginsel eist dus dat alle technische informatie die relevant is voor een goed begrip van de aankondiging van opdracht of van het bestek, zo snel mogelijk ter beschikking wordt gesteld van alle aan een openbare aanbestedingsprocedure deelnemende ondernemingen, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en ze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om na te gaan of de offertes van de inschrijvers daadwerkelijk beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn.

Ten eerste moeten worden nagegaan of er in het onderhavige geval sprake is van ongelijke informatie in die zin dat sommige inschrijvers, waaronder de gekozen inschrijver, in het kader van de oproep tot inschrijving beschikten over informatie die verzoekster niet zou hebben gekregen. Ingeval een dergelijke ongelijke informatie wordt aangetoond, dient ten tweede te worden onderzocht of de betrokken informatie nuttig was voor het opstellen van de offertes. Alleen in dat geval heeft de inschrijver die toegang heeft gehad tot die informatie, een voordeel genoten ten nadele van de andere inschrijvers. Ten derde dient te worden onderzocht of de gestelde ongelijkheid ter zake van de

nuttige informatie voortvloeit uit een door de Commissie begane procedurele onregelmatigheid. Ingeval er sprake is van een dergelijke onregelmatigheid, dient ten vierde te worden onderzocht of de aanbestedingsprocedure zonder die onregelmatigheid een andere uitkomst had kunnen hebben. In dit verband kan een dergelijke onregelmatigheid de gelijkheid van kansen van de inschrijvers slechts aantasten indien verzoeksters voldoende onderbouwde uitleg aan nemelijk maakt dat de procedure voor haar een andere uitkomst had kunnen hebben.

Arrest Gerecht d.d. 19 maart 2010 (arrest Evropaïki Dynamiki t. commissie) (zaak T-50/05)

Om de inachtneming van het transparantiebeginsel, het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van non-discriminatie bij de selectie van de offertes met het oog op de gunning van de opdracht te verzekeren, legt artikel 97, lid 1, van het Financieel reglement de aanbestedende dienst de verplichting op om in geval van gunning aan de economisch voordeligste inschrijving de gunningscriteria aan de hand waarvan de inhoud van de offertes zal worden beoordeeld, in de inschrijvingsdocumenten te definiëren en te preciseren. Volgens artikel 138, lid 2, van de uitvoeringsvoorschriften dienen deze criteria te worden gerechtvaardigd door het voorwerp van de opdracht. Volgens lid 3 van dit artikel dient de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht of in het bestek ook het relatieve gewicht te vermelden van elk der criteria die zijn gekozen om de economisch voordeligste inschrijving te bepalen.

Arrest Hof van Justitie d.d. 13 april 2010 (arrest Wall) (zaak C-91/08)

De transparantieplichting die rust op de openbare autoriteiten die een concessieovereenkomst voor diensten sluiten, houdt in dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid moet worden gegarandeerd, zodat de dienstenconcessie voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.

Ter verzekering van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers kunnen wezenlijke wijzigingen van de essentiële bepalingen van een concessieovereenkomst voor diensten in bepaalde gevallen de gunning van een nieuwe concessieovereenkomst vereisen, wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van die van de oorspronkelijke overeenkomst en bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst.

Arrest Hof van Justitie d.d. 22 april 2010 (arrest commissie t. Spanje) (zaak C-423/07)

Opgemerkt dient te worden dat het met het oog op de verduidelijking van de vereisten van een concessie soms onvermijdelijk is dat de aankondiging of het bestek verwijst naar de nationale regeling inzake technische specificaties op het gebied van veiligheid, gezondheid, milieubescherming of vereisten van een andere aard. Op grond van deze verwijzingsmogelijkheid kan de concessieverle-

nende instantie zich evenwel niet onttrekken aan de door richtlijn 93/37 opgelegde verplichtingen inzake bekendmaking, volgens welke het voorwerp van de betrokken concessie moet worden beschreven in de aankondiging en het bestek, die de inlichtingen moeten bevatten waarvan sprake is in punt 55 van het onderhavige arrest. Evenmin kan worden aanvaard dat de aankondiging of het bestek moet worden uitgelegd tegen de achtergrond van een dergelijke regeling om het werkelijke voorwerp van een concessie te ontdekken.

Dit vereiste moet strikt worden uitgelegd. Aldus heeft het Hof in het kader van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken overeenkomstig artikel 19, eerste en tweede alinea, van richtlijn 93/37 de rechtmatigheid afgewezen van een verwijzing in het bestek naar de nationale regeling betreffende de mogelijkheid voor inschrijvers om varianten in hun offertes voor te stellen, aangezien in het bestek niet de minimumvereisten waren vermeld waaraan dergelijke varianten moesten voldoen. Aangezien het gaat om een transparantieverplichting met het oog op de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers dat geldt voor elke onder richtlijn 93/37 vallende aanbestedingsprocedure, geldt deze conclusie van het Hof ook met betrekking tot concessies voor werken.

Artikel 11, lid 3, van richtlijn 93/37 vereist dat de aanbestedende diensten die van concessies voor de uitvoering van openbare werken gebruik willen maken, hun voornemen hiertoe te kennen geven in een aankondiging. Zoals blijkt uit lid 6 van dit artikel, moet deze aankondiging worden opgesteld overeenkomstig het in bijlage V opgenomen model en de daarin gevraagde inlichtingen nauwkeurig weergeven.

Overeenkomstig afdeling II, met als opschrift "Voorwerp van de opdracht", van deze bijlage V, maken deel uit van de inlichtingen die de aankondiging moet bevatten: de hoofdopdracht en de bijkomende opdrachten, de beschrijving en de plaats van uitvoering van de werken waarnaar de concessie verwijst, alsmede de globale hoeveelheid en omvang ervan.

Deze verplichting tot bekendmaking waarborgt door de mogelijkheid van vergelijking van de offertes een mededingingsniveau dat door de wetgever van de Europese Unie op het gebied van concessies voor openbare werken als bevredigend wordt beschouwd. Zij vormt op dit gebied de uitdrukking van de beginselen van gelijke behandeling en van transparantie, die voor de aanbestedende diensten in alle omstandigheden gelden.

Door de duidelijke formulering van de bewoordingen van de aankondiging moet elke potentiële inschrijver die normaal bedachtzaam en ervaren en redelijk zorgvuldig is, objectief de mogelijkheid worden geboden, zich een concreet idee van de uit te voeren werken en van de plaats van uitvoering ervan te vormen en op grond daarvan zijn offerte op te stellen.

Dat de aankondiging zowel voor overheidsopdrachten als voor concessies voor werken van doorslaggevend belang is wat de informatie betreft die met inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling wordt verstrekt aan de in-

schrijvers uit de verschillende lidstaten, wordt beklemtoond in artikel 11, lid 11, van richtlijn 93/37, volgens hetwelk eventuele bekendmakingen van informatie op nationaal niveau geen andere gegevens mogen bevatten dan die welke in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* verschijnen.

Gelet evenwel op de beperkte beschikbare plaats in het model van aankondiging van een concessie in bijlage V van richtlijn 93/37, mogen de inlichtingen inzake een concessie verder worden verduidelijkt in het bestek dat de concessieverlenende instantie moet maken en dat de natuurlijke aanvulling van de aankondiging vormt.

Arrest Gerecht d.d. 20 mei 2010 (arrest Duitsland t. commissie) (zaak T-258/06)

De op de aanbestedende dienst rustende transparantieverplichting houdt in dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.

De op de aanbestedende diensten rustende transparantieverplichting houdt met name eisen in die een onderneming in een andere dan de betrokken lidstaat in staat moeten stellen, toegang te krijgen tot alle relevante informatie betreffende de betrokken overheidsopdracht vóór de gunning ervan, zodat deze onderneming, indien zij dat zou hebben gewild, haar belangstelling voor deze overheidsopdracht had kunnen tonen.

Uit deze rechtspraak volgt dat de transparantieverplichting in de zin van een passende openbaarheid dus een vorm van bekendmaking vóór de gunning van de betrokken overheidsopdracht, met andere woorden een voorafgaande bekendmaking, inhoudt.

De uit het primaire recht voortvloeiende verplichtingen inzake gelijke behandeling en transparantie gelden van rechtswege ook voor opdrachten die van werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten zijn uitgesloten, wanneer deze opdrachten een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen. Anderzijds is het Hof van oordeel dat een bekendmaking ex post geen passende openbaarheid garandeert, hetgeen betekent dat de uit de beginselen van het EG-Verdrag voortvloeiende transparantieverplichting inhoudt dat vóór de gunning van de opdracht een aankondiging van de opdracht moet worden bekendgemaakt.

Met betrekking tot concessieovereenkomsten heeft het Hof reeds geoordeeld dat, hoewel de gunning van een dergelijke concessieovereenkomst niet onder een van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt, dergelijke overeenkomsten aan de algemene regels van het EG-Verdrag onderworpen blijven. Verder dient te worden vastgesteld dat volgens deze rechtspraak de transparantieverplichting rechtstreeks voortvloeit uit de algemene regels van dat verdrag en met name uit het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod, en dat die transparantieverplichting zelf een verplichting tot voorafgaande bekendmaking inhoudt. De omstandigheid dat de in die arresten aan de orde zijnde opdrachten,

wat het belang ervan betreft, vergelijkbaar waren met de overheidsopdrachten waarop de richtlijnen inzake overheidsopdrachten van toepassing zijn, is in die arresten echter geenszins als rechtvaardigingsgrond voor een verplichting tot passende, en met name voorafgaande, bekendmaking genoemd.

Zelfs indien de waarde van de bij wege van een aanbestedingsprocedure te plaatsen opdracht onder de drempel voor de toepassing van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten waarin de gemeenschapswetgever de openbare aanbestedingen heeft geregeld, ligt en de betrokken opdracht dus niet binnen de werkingssfeer van die richtlijnen valt, zijn de aanbestedende diensten die een opdracht gunnen, niettemin verplicht zich te houden aan de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, zoals het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieplicht.

De verplichting tot transparantie, met name door een passende vorm van bekendmaking, vloeit juist voort uit het gelijkheidsbeginsel en uit het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit.

Ten derde faalt ook het betoog dat de gemeenschapswetgever, door drempels voor de toepassing van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vast te stellen, uitdrukkelijk heeft aangegeven dat in beginsel moet worden vermoed dat opdrachten waarvan de waarde onder deze drempels ligt, een veeleer „toevallige of indirecte” impact op de interne markt hebben en dus niet interessant zijn voor buitenlandse inschrijvers.

Het Hof geeft toe dat redelijkerwijze mag worden aangenomen dat wegens bijzondere omstandigheden, zoals met name de zeer geringe economische betekenis van de betrokken opdracht, ondernemingen in een andere lidstaat dan die van de aanbestedende dienst geen belangstelling zullen hebben voor de betrokken opdracht, en dat de impact op de betrokken fundamentele vrijheden dus als te toevallig en te indirect moet worden beschouwd om te kunnen concluderen dat inbreuk is gemaakt op deze vrijheden. De conclusie betreffende het ontbreken van inbreuk op de fundamentele vrijheden kan echter slechts voortvloeien uit een beoordeling van de specifieke omstandigheden van het concrete geval en kan niet uitsluitend worden gebaseerd op feit dat de waarde van de opdracht onder een bepaalde drempel ligt.

In de rechtspraak van het Hof is echter reeds met betrekking tot een overheidsopdracht die buiten de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten viel, overwogen dat de aanbestedende dienst onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instanties moet beoordelen of de oproep tot mededinging in overeenstemming is met de specifieke kenmerken van de betrokken opdracht.

Het staat in beginsel aan de aanbestedende dienst om, alvorens de aankondiging van opdracht op te stellen, het eventuele grensoverschrijdende belang te beoordelen van een opdracht waarvan de geraamde waarde onder de in de gemeenschapsregels vastgelegde drempel ligt, met dien verstande dat deze beoordeling door de rechter kan worden getoetst.

De mededeling sluit immers niet uit dat een regeling op nationaal of lokaal niveau objectieve criteria vaststelt die duiden op het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang. De aanbestedende diensten die een dergelijke nationale regeling toepassen, zijn echter gehouden om de fundamentele regels van het EG-Verdrag en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in acht te nemen.

Het hanteren van criteria om een keuze van bekendmaking te doen mag geen afbreuk doen aan de inachtneming van de fundamentele regels van het EG-Verdrag en met name van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. Het staat aan de concessie verlenende overheidsinstantie om onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instanties te beoordelen of de oproep tot mededinging in overeenstemming is met de specifieke kenmerken van de betrokken opdracht. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof laat de mededeling het dus aan de aanbestedende dienst over, de mate en de vorm van de passende openbaarheid te bepalen.

De transparantieverplichting houdt niet in dat een formele aanbestedingsprocedure moet worden georganiseerd.

Om de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid te kunnen toetsen eist de transparantieverplichting een actieve openbaarmaking door de aanbestedende diensten, aangezien het aan die diensten staat vooraf te beoordelen of de oproep tot mededinging in overeenstemming is met de specifieke kenmerken van de betrokken opdracht.

Arrest Hof van Justitie d.d. 18 november 2010 (arrest commissie t. Ierland) (zaak C-226/09)

Het feit dat Ierland heeft verzocht om opname van de aankondiging van de litigieuze opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, zoals mogelijk is op grond van artikel 36 van de richtlijn, leidt er geenszins toe dat deze lidstaat verplicht is deze opdracht te plaatsen overeenkomstig de artikelen van deze richtlijn die van toepassing zijn op het plaatsen van overheidsopdrachten die onder bijlage II A daarbij vallen.

De plicht om de deelnemers vooraf op de hoogte te stellen van de gunningscriteria en, indien mogelijk, van hun relatieve gewicht, beoogt de eerbiediging van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie te waarborgen.

Echter, ofschoon de verplichting om het relatieve gewicht van elk van de gunningscriteria in het stadium van de bekendmaking van de aankondiging van de opdracht aan te geven, zoals thans voorzien in artikel 53, lid 2, van de richtlijn, beantwoordt aan het vereiste van de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting, is het niet gerechtvaardigd te overwegen dat de draagwijdte van dit beginsel en van die verplichting, bij gebreke van een specifieke bepaling in die zin in deze richtlijn, zo ver zou reiken dat in het kader van opdrachten die niet onder een bepaling als artikel 53 daarvan vallen, het relatieve gewicht van de door de

aanbestedende dienst gebruikte criteria vooraf moet worden vastgesteld en aan de potentiële inschrijvers moet worden medegedeeld wanneer zij worden verzocht hun offertes in te dienen. Zoals het Hof immers heeft aangegeven met het gebruik van de uitdrukking “indien mogelijk” in de rechtspraak die in het vorige punt van dit arrest is aangehaald, vormt de vermelding van het gewicht van de gunningscriteria in geval van een opdracht die niet aan een bepaling als artikel 53, lid 2, van de richtlijn is onderworpen, nog geen verplichting die op de aanbestedende dienst rust.

...

De beginselen van gelijke behandeling en transparantie van de aanbestedingsprocedures voor de aanbestedende diensten houden de verplichting in de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uit te leggen. De gunningscriteria zelf mogen a fortiori niet worden gewijzigd gedurende de aanbestedingsprocedure.

Een fase waarin de leden van het evaluatiecomité voorafgaand aan de bijeenkomst van dit comité, de ingediende offertes op individuele basis onderzoeken, maakt integrerend deel uit van de procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht. In die omstandigheden komt een wijziging van de weging van de gunningscriteria na afloop van genoemde fase, waarin de offertes een eerste maal worden onderzocht, neer op een wijziging van de criteria op grond waarvan het eerste onderzoek is verricht. Een dergelijke houding is niet in overeenstemming met het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting.

Ten slotte moet in de eerste plaats worden gepreciseerd dat, anders dan Ierland betoogt, de tweede grief van de Commissie slaagt, zonder dat behoeft te worden aangetoond dat de wijziging van het relatieve gewicht een discriminatoir effect op een van de inschrijvers heeft gehad. Het volstaat in dat opzicht dat niet kan worden uitgesloten dat een dergelijk effect zich heeft kunnen voordoen op het moment dat de wijziging is doorgevoerd.

Aangezien, in de tweede plaats, de vaststelling van de niet-nakoming door een lidstaat los staat van de vaststelling van een daaruit voortgevloeide schade, kan Ierland zich er niet op beroepen dat geen schade is geleden omdat zelfs op basis van de aanvankelijke weging van de gunningscriteria, de litigieuze opdracht niet naar een andere contractant zou zijn gegaan dan die welke na afloop van de procedure is gekozen.

1.4. Duurtijd

Arrest Hof van Justitie d.d. 25 maart 2010 (arrest Helmut Müller) (zaak C-451/09)

Wat de concessieduur betreft, zijn er hoe dan ook gegronde redenen, waaronder met name de mededingingshandhaving, om aan te nemen dat concessieverlening voor onbepaalde tijd in strijd is met de Unierechtsorde.

2. Het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenreglementering

2.1. Algemeen

Arrest Hof van Justitie d.d. 15 juli 2010 (arrest commissie t. Duitsland) (zaak C-271/08)

De omstandigheid, dat de gunningen van overeenkomsten op grond van een collectieve overeenkomst gebeuren, heeft op zichzelf niet tot gevolg dat het onderhavige geval niet binnen de werkingssfeer van de richtlijnen 92/50 en 2004/18 valt.

De toepassing van de aanbestedingsprocedures kan in overeenstemming worden gebracht met de toepassing van de name uit het Duitse sociale recht voortvloeiende mechanismen die binnen de betrokken gemeentelijke overheid of onderneming garanderen dat de werknemers of hun vertegenwoordigers kunnen deelnemen aan de keuze van het orgaan of de organen die met de tenuitvoerlegging van de maatregel van omzetting van loon in pensioenpremies zullen worden belast, wat de Bondsrepubliek Duitsland ter terechtzitting niet heeft betwist. Een toepassing van de aanbestedingsprocedures sluit overigens niet uit dat in de oproep tot inschrijving aan de potentiële inschrijvers voorwaarden worden opgelegd die de belangen van de betrokken werknemers weerspiegelen.

De handhaving van solidariteitsfactoren is niet van nature onverenigbaar met de toepassing van een aanbestedingsprocedure. De spreiding van de risico's, waarop elke verzekeringsactiviteit berust, kan immers ook worden gewaarborgd door een verzekeringsorgaan of -onderneming dat/die bij wege van een op het niveau van de Unie georganiseerde aanbestedingsprocedure is geselecteerd. Bovendien staat geen enkele bepaling van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten eraan in de weg dat de gemeentelijke werkgever in de oproep tot inschrijving bepaalt welke regels de inschrijvers moeten naleven, teneinde een selectie aan de hand van medische criteria van de werknemers die belangstelling hebben voor omzetting van een deel van hun loon in pensioenpremies, te voorkomen of binnen bepaalde perken te houden.

2.2. Het personeel toepassingsgebied

Arrest Hof van Justitie d.d. 15 juli 2010 (arrest commissie t. Duitsland) (zaak C-271/08)

Artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 noch artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18 maakt een onderscheid tussen overheidsopdrachten die door een aanbestedende dienst worden geplaatst ter vervulling van zijn taak om te voorzien in behoeften van algemeen belang, en die welke geen verband houden met deze taak. Dat een dergelijk onderscheid ontbreekt, wordt verklaard door het doel van deze richtlijnen, namelijk het risico uit te sluiten dat de aanbestedende

diensten bij het plaatsen van een opdracht de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden.

Verder dient erop te worden gewezen dat over het TV-EUmw/VKA, inzonderheid over § 6 ervan, onder meer door de vertegenwoordigers van de gemeentelijke werkgevers is onderhandeld. Deze werkgevers hebben dus, op zijn minst indirect, invloed uitgeoefend op de inhoud van deze paragraaf.

2.3. Het materieel toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenreglementering

2.3.1. Uitvoering van werken, leveringen en diensten

Arrest Hof van Justitie d.d. 25 februari 2010 (arrest Car Trim) (zaak C-381/08)

In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat de kwalificatie van een overeenkomst die de verkoop van door de verkoper nog te vervaardigen of voort te brengen goederen tot voorwerp heeft, wordt geregeld door een aantal bepalingen van het Unierecht en van het internationale recht waaruit indicaties kunnen worden afgeleid voor de aan de begrippen „koop en verkoop van roerende lichamelijke zaken” en „verstrekking van diensten” te geven uitlegging.

Om te beginnen worden volgens artikel 1, lid 4, van richtlijn 1999/44 overeenkomsten tot levering van te vervaardigen of voort te brengen consumptiegoederen geacht koopovereenkomsten te zijn, en worden, behoudens bepaalde – in een zaak zoals in het hoofdgeding irrelevante – uitzonderingen, volgens artikel 1, lid 2, sub b, van deze richtlijn alle roerende lichamelijke zaken als “consumptiegoederen” aangemerkt.

Voorts staan luidens artikel 3, lid 1, van het CISG met koopovereenkomsten gelijk overeenkomsten tot levering van te vervaardigen of voort te brengen roerende zaken tenzij de partij die de zaken bestelt een wezenlijk deel van de voor deze vervaardiging of deze voortbrenging benodigde grondstoffen moet verschaffen.

Bovendien bepaalt ook artikel 6, lid 2, van het Verdrag van de Verenigde Naties van 14 juni 1974 inzake de verjaring bij internationale koop van roerende zaken, dat met koopovereenkomsten worden gelijkgesteld overeenkomsten tot levering van te vervaardigen of voort te brengen roerende zaken, tenzij de partij die de zaken bestelt een wezenlijk deel van de voor deze vervaardiging of voortbrenging benodigde grondstoffen moet verschaffen.

Bovenstaande bepalingen wijzen er dus op dat het feit dat de te leveren zaak eerst nog moet worden vervaardigd of voortgebracht, niet aan de kwalificatie van de betrokken overeenkomst als koopovereenkomst afdoet.

Het Hof is overigens tot dezelfde conclusie gekomen inzake overheidsopdrachten. In het arrest van 11 juni 2009, Hans & Christophorus Oymanns, heeft het Hof in punt 64 geoordeeld dat het begrip “overheidsopdrachten voor leveringen” in artikel 1, lid 2, sub c, eerste alinea, van richtlijn 2004/18/EG van het Euro-

pees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114) de aankoop van producten omvat, ongeacht of het betrokken product reeds afgewerkt of na vervaardiging volgens de eisen van de consument te zijner beschikking wordt gesteld. In punt 66 van dat arrest heeft het Hof geconcludeerd dat bij de terbeschikkingstelling van producten die individueel volgens de eisen van de betrokken klant zijn vervaardigd en aangepast, de vervaardiging daarvan deel uitmaakt van de levering van deze goederen.

Arrest Hof van Justitie d.d. 25 maart 2010 (arrest Helmut Müller) (zaak C-451/09)

Artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18 definieert de overheidsopdracht voor werken als een overeenkomst onder bezwarende titel. Dit begrip gaat ervan uit dat de aannemer zich voor een tegenprestatie verbindt tot de bij overeenkomst omschreven prestatie. Bij het afsluiten van een overheidsopdracht voor werken verbindt de aannemer zich er dus toe, de betrokken werken uit te voeren of te laten uitvoeren. Het is irrelevant of de aannemer de werken met eigen middelen uitvoert dan wel daartoe onderaannemers inschakelt.

De overheidsopdrachten voor werken hebben betrekking op een “werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet”. Een aanbestedende dienst heeft zijn eisen in de zin van deze bepaling eerst vastgesteld, wanneer hij maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen.

Het enkele feit dat een overheidsdienst in de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw een aantal hem voorgelegde bouwplannen onderzoekt of op basis van bevoegdheden ter zake een besluit neemt, voldoet niet aan de voorwaarde „door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen” in de zin van deze bepaling.

2.3.2. *Overeenkomst*

Arrest Hof van Justitie d.d. 25 maart 2010 (arrest Helmut Müller) (zaak C-451/09)

Het begrip overeenkomst is van wezenlijk belang voor de afbakening van de werkingssfeer van richtlijn 2004/18. Zoals is verklaard in punt 2 van de considerans van de richtlijn, strekt zij tot toepassing van de regels van het Unierecht bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen. Deze richtlijn heeft geen betrekking op andere categorieën overheidsactiviteiten.

2.3.3. *Ten bezwarende titel*

Arrest Hof van Justitie d.d. 25 maart 2010 (arrest Helmut Müller) (zaak C-451/09)

Een overeenkomst onder bezwarende titel betekent dat de aanbestedende dienst die een overheidsopdracht voor werken heeft afgesloten, in het kader

ervan een prestatie voor een tegenprestatie ontvangt. Deze prestatie bestaat in de uitvoering van de werken waarover de aanbestedende dienst beoogt te beschikken.

Een dergelijke prestatie moet wegens de aard ervan alsook de systematiek en de doelstellingen van richtlijn 2004/18 voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang inhouden. Dit economisch belang staat duidelijk vast wanneer is bepaald dat de aanbestedende dienst eigenaar zal worden van de werken of het werk waarop de opdracht betrekking heeft.

Een dergelijk economisch belang kan ook worden vastgesteld wanneer is bepaald dat de aanbestedende dienst krachtens een rechtstitel over de in het kader van de opdracht uit te voeren werken zal kunnen beschikken met het oog op hun openbare bestemming.

Het economisch belang kan ook liggen in de economische voordelen die de aanbestedende dienst zal kunnen halen uit het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van het werk, in het feit dat hij financieel aan de verwezenlijking van het werk heeft deelgenomen of in de risico's die hij loopt bij economische mislukking van het werk.

Een overeenkomst waarbij een eerste aanbestedende dienst een tweede aanbestedende dienst belast met de uitvoering van een bouwwerk, kan een overheidsopdracht voor werken vormen, ongeacht of daarin al dan niet wordt bepaald dat de eerste aanbestedende dienst eigenaar is of wordt van het gehele bouwwerk of van een gedeelte ervan.

Arrest Hof van Justitie d.d. 15 juli 2010 (arrest commissie t. Duitsland) (zaak C-271/08)

De voorwaarde dat het moet gaan om een overeenkomst onder bezwarende titel, dient te worden nagegaan op grond van het feit of de betrokken overeenkomsten een rechtstreeks economisch belang hebben voor de gemeentelijke werkgevers die ze sluiten.

2.3.4. Concessie van openbare werken

Arrest Hof van Justitie d.d. 25 maart 2010 (arrest Helmut Müller) (zaak C-451/09)

Volgens artikel 1, lid 3, van richtlijn 2004/18 is de concessieovereenkomst voor openbare werken "een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor werken, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij uit uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs".

Een aanbestedende dienst moet over de exploitatie van een werk in de zin van deze bepaling kunnen beschikken om het recht van exploitatie aan zijn medecontractant te kunnen overdragen. Dat is gewoonlijk niet het geval wanneer het exploitatierecht zijn oorsprong alleen in het eigendomsrecht van de betrokken marktdeelnemer vindt.

De eigenaar van een stuk grond heeft namelijk het recht het te exploiteren met inachtneming van de toepasselijke wettelijke voorschriften. Zolang een marktdeelnemer het recht geniet een stuk grond te exploiteren dat zijn eigendom is, kan een overheidsinstantie in beginsel geen concessie met betrekking tot deze exploitatie verlenen.

Bovendien zij erop gewezen dat de concessie er in wezen in bestaat dat de concessiehouder zelf het voornaamste economische en in elk geval wezenlijke risico van de exploitatie draagt.

Arrest Hof van Justitie d.d. 22 april 2010 (arrest commissie t. Spanje) (zaak C-423/07)

De „concessieovereenkomst voor openbare werken” is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als die inzake „overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken”, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat uit hetzij uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs.

2.3.5. PPS

Arrest Hof van Justitie d.d. 22 december 2010 (arrest Mehiläinen en Terveystalo Healthcare) (zaak C-215/09)

De oprichting door een aanbestedende dienst en een private onderneming van een gezamenlijke onderneming valt als zodanig niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18. Dit wordt overigens ook vastgesteld in punt 66 van het Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten [COM(2004) 327 def.].

Zoals blijkt uit punt 69 van dit groenboek, dient evenwel ervoor te worden gezorgd dat achter een kapitaalverrichting niet in feite de gunning van een als overheidsopdracht dan wel als concessieovereenkomst te kwalificeren contract aan een private partner schuilgaat. Zoals is opgemerkt in punt 2.1 van voornoemde interpretatieve mededeling van de Commissie, is het feit dat een private entiteit en een aanbestedende dienst samenwerken in het kader van een entiteit met gemengd kapitaal, geen reden om de regels inzake overheidsopdracht niet na te leven wanneer aan die private entiteit of de entiteit met gemengd kapitaal een dergelijke opdracht wordt gegund.

2.3.6. Gemengde overeenkomst

Arrest Hof van Justitie d.d. 06 mei 2010 (arrest Club Hotel Loutraki e.a.) (gevoegde zaken C-145/08 en C-149/08)

In het geval van een gemengde overeenkomst waarvan de verschillende onderdelen volgens de bewoordingen van de aankondiging van de opdracht onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en dus een ondeelbaar geheel vormen, moet de betrokken transactie voor de juridische kwalificatie ervan in haar ge-

heel als een eenheid worden onderzocht en moet zij worden beoordeeld op basis van de regels die van toepassing zijn op het onderdeel dat het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de overeenkomst vormt. Deze conclusie geldt ongeacht of het onderdeel dat het hoofdvoorwerp van een gemengde overeenkomst vormt, binnen de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt.

Arrest Hof van Justitie d.d. 22 december 2010 (arrest Mehiläinen en Terveystalo Healthcare) (zaak C-215/09)

In het geval van een gemengde overeenkomst waarvan de verschillende onderdelen onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en dus een ondeelbaar geheel vormen, moet deze overeenkomst, voor de juridische kwalificatie ervan volgens de regels inzake overheidsopdrachten, in haar geheel als een eenheid worden onderzocht en moet deze worden beoordeeld op basis van de regels die van toepassing zijn op het onderdeel dat het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de overeenkomst vormt.

2.4. Wijziging opdracht

Arrest Hof van Justitie d.d. 29 april 2010 (arrest commissie t. Duitsland) (zaak C-160/08)

Een wijziging van de oorspronkelijke overeenkomst kan als wezenlijk worden aangemerkt en is derhalve een nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van richtlijn 92/50 dan wel richtlijn 2004/18 vormt, wanneer zij de opdracht in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen.

2.5. Quasi-in-house

Arrest Hof van Justitie d.d. 22 december 2010 (arrest Mehiläinen en Terveystalo Healthcare) (zaak C-215/09)

Het recht van de Unie inzake overheidsopdrachten vindt geen toepassing wanneer de aanbestedende dienst op de entiteit waaraan de opdracht wordt toegewezen, toezicht uitoefent als op zijn eigen diensten en deze entiteit tegelijkertijd het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de dienst die haar beheerst. De participatie – ook een minderheidsparticipatie – van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook een aanbestedende dienst participeert, sluit echter uit dat deze dienst op deze onderneming toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten.

Een overheidsinstantie kan de op haar rustende taken van algemeen belang met haar eigen middelen vervullen, zonder dat zij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot haar diensten behoren, en dat zij dit ook in samenwerking met andere overheidsinstanties kan doen. Zoals is opgemerkt in punt 1 van de interpretatieve mededeling van de Commissie over de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking

(geïstitutionaliseerde PPS) (PB 2008, C 91, blz. 4), heeft een dergelijke overheidsinstantie de keuze om economische activiteiten zelf te verrichten dan wel aan derde toe te vertrouwen, bijvoorbeeld aan een entiteit met gemengd kapitaal die in het kader van een publiek-private samenwerking is opgericht.

2.6. Toepassingsgebied *ratione summae*

Met betrekking tot opdrachten inzake verzekeringsdiensten in de zin van categorie 6, sub a, van bijlage I A bij richtlijn 92/50 of bijlage II B bij richtlijn 2004/18, zowel in artikel 7, lid 4, eerste streepje, van richtlijn 92/50 als in artikel 9, lid 8, sub a-i, van richtlijn 2004/18 wordt de „te betalen premie” als basiselement voor de berekening van de geraamde waarde van de betrokken opdracht genoemd.

Voor diensten inzake bedrijfspensioenvoorziening is de „geraamde waarde van de opdracht” de geraamde waarde van de premies, in het onderhavige geval de bijdragen die uit hoofde van de omzetting van loon in pensioenpremies zijn ingehouden op het loon van de belanghebbende werknemers binnen betrokken gemeentelijke overheid of onderneming en bestemd zijn voor de financiering van de uiteindelijke bedrijfspensioenuitkeringen. Die premies zijn in het onderhavige geval immers de belangrijkste tegenprestatie voor de diensten die het uitkerende orgaan of de uitkerende onderneming aan de gemeentelijke werknemer verleent in het kader van de uitvoering van deze maatregel.

In een context als die van de onderhavige zaak, waar op het tijdstip van het plaatsen van de betrokken opdracht de totale waarde van die premies onmogelijk kan worden aangegeven omdat iedere werknemer de keuze heeft om al dan niet voor omzetting van loon in pensioenpremies te opteren, en gelet op de duur van een dergelijke opdracht, die lang of zelfs onbepaald is, zoals uit de discussies ter terechtzitting is gebleken, moet zowel op grond van artikel 7, lid 5, tweede streepje, van richtlijn 92/50 als op grond van artikel 9, lid 8, sub b-ii, van richtlijn 2004/18 als grondslag voor de berekening van de geraamde waarde van deze opdracht “het maandelijks te betalen bedrag vermenigvuldigd met 48” worden genomen.

Gelijk de advocaat-generaal in punt 150 van haar conclusie heeft opgemerkt, heeft de Commissie in de onderhavige zaak dus terecht – zoals ook de betrokken gemeentelijke werkgevers hadden moeten doen – haar berekening allereerst gebaseerd op een raming van het gemiddelde maandelijkse bedrag aan omzetting van loon in pensioenpremies per werknemer, vermenigvuldigd met 48, heeft zij vervolgens op basis van de uitkomst van deze vermenigvuldiging, bepaald hoeveel werknemers voor omzetting van loon in pensioenpremies moesten opteren om de relevante drempel voor toepassing van de regels van de Unie inzake overheidsopdrachten te bereiken, en heeft zij ten slotte op basis van een raming van het percentage werknemers in gemeentelijke overheidsdienst dat voor omzetting van loon in pensioenpremies heeft geopteerd, de kritische omvang, in aantal werknemers, bepaald vanaf welke de gemeentelijke werkgevers opdrachten hebben geplaatst waarvan de waarde gelijk was aan of hoger was dan die drempel.

Ongeacht om welke redenen gemeentelijke werkgevers aldus hebben gehandeld en ongeacht of de omstreden overeenkomsten raamovereenkomsten in de zin van artikel 1, lid 5, van richtlijn 2004/18 vormen, zoals door de Commissie wordt gesteld maar door de Bondsrepubliek Duitsland wordt betwist, blijkt uit de tekst zelf van artikel 9, lid 1, van richtlijn 2004/18, die de algemene regel voor de berekening van de geraamde waarde van een overheidsopdracht bevat, dat die berekening op het door de aanbestedende dienst geraamde “totale bedrag” van die opdracht moet zijn gebaseerd.

In het onderhavige geval moet de relevante berekening dus berusten op het geraamde totale bedrag van de opdracht inzake bedrijfspensioenvoorziening op het niveau van de betrokken overheidsdienst of onderneming in termen van premies voortvloeiend uit de omzetting van loon.

3. Gunningsvoorwaarden

3.1. Selectiecriteria en uitsluitingsgronden

*Arrest Hof van Justitie d.d. 15 juli 2010 (arrest *Bâtiments et Ponts Construction e.a.*) (zaak C-74/09)*

Blijkens het aan het Hof overgelegde dossier heeft de vereiste registratie tot doel na te gaan of aannemers professioneel geschikt zijn in de zin van artikel 24, eerste alinea, van richtlijn 93/37 en, meer in het bijzonder, of zij hun sociale zekerheidsbijdragen en belastingen hebben betaald.

Ten eerste moet worden opgemerkt dat uit het feit dat een in een andere lidstaat gevestigde aannemer door de bevoegde autoriteiten van die staat afgegeven getuigschriften heeft overgelegd, niet afdoende kan worden afgeleid dat hij zijn desbetreffende verplichtingen is nagekomen. Artikel 24, eerste alinea, sub e en f, van richtlijn 93/37 bepaalt namelijk dat de aannemer ook in de lidstaat van de aanbestedende dienst aan zijn sociale en fiscale verplichtingen moet hebben voldaan. Verder is krachtens artikel 24, tweede alinea, tweede streepje, een afzonderlijke controle van de aannemer mogelijk in de lidstaat waar de betrokken overheidsopdracht wordt uitgevoerd, doordat daarin wordt verwezen naar door een bevoegde instantie van de betrokken lidstaat afgegeven getuigschriften.

Denkbaar is immers dat een aannemer een economische activiteit in de lidstaat van de aanbestedende dienst uitoefende die daar tot fiscale en sociale schulden kon leiden. Dergelijke schulden kunnen niet alleen het gevolg zijn van in het kader van de uitvoering van overheidsopdrachten verrichte economische activiteiten, maar ook van daarbuiten verrichte activiteiten. Ook wanneer de aannemer in de lidstaat van de aanbestedende dienst geen economische activiteiten heeft verricht, is het legitiem dat de autoriteiten van die staat zich daar zelf van willen kunnen vergewissen.

Een nationale regeling kan dan ook niet in strijd worden geacht met de Unievoorschriften op de enkele grond dat zij ook voor aannemers in een andere

lidstaat dan die waar de overheidsopdracht plaatsvindt in een registratieplicht voorziet met het oog op een dergelijke controle.

Ten tweede moet worden opgemerkt dat volgens de rechtspraak van het Hof in artikel 24, eerste alinea, van richtlijn 93/37 limitatief de uitsluitend op de professionele kwaliteiten van een aannemer betrekking hebbende gronden worden opgesomd waarmee zijn uitsluiting van deelneming aan een opdracht kan worden gerechtvaardigd. Bovendien mogen de lidstaten, naast de in de genoemde bepaling uitdrukkelijk vermelde uitsluitingsgronden, ook uitsluitingsgronden vaststellen waarmee moet worden gewaarborgd dat het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van transparantie in acht worden genomen.

Een registratieplicht als die in het hoofddeding kan niet worden aangemerkt als een extra uitsluitingsgrond, naast de in artikel 24, eerste alinea, van richtlijn 93/37 limitatief opgesomde uitsluitingsgronden, indien zij is opgevat als een wijze van uitvoering van deze bepaling, die uitsluitend beoogt het bewijs te verifiëren dat de aannemer die wenst deel te nemen aan een overheidsopdracht, niet onder de uitsluitingsgronden valt, met name die ter zake van de betaling van sociale zekerheidsbijdragen en belastingen.

Overeenkomstig artikel 24, tweede alinea, van richtlijn 93/37 aanvaardt de aanbestedende dienst, indien hij van de aannemer het bewijs verlangt dat hij niet in de sub e of f van deze bepaling genoemde omstandigheden verkeert, als voldoende bewijs een door een bevoegde instantie van de betrokken lidstaat afgegeven getuigschrift.

Deze bepaling sluit niet uit dat de door de aannemer overgelegde getuigschriften vóór de opening van de inschrijvingen worden gecontroleerd of dat op algemene wijze wordt nagegaan of hij niet onder uitsluitingsgronden valt.

Dit onderzoek mag evenwel alleen betrekking hebben op de professionele geschiktheid van aannemers in de zin van artikel 24, eerste alinea, van richtlijn 93/37, met name wat de nakoming van hun sociale en fiscale verplichtingen betreft. Het mag voorts de deelneming van de betrokken aannemer aan de aanbestedingsprocedure noch bemoeilijken noch vertragen, en evenmin buitensporige administratieve lasten meebrengen.

Het staat aan de verwijzende rechter om te beoordelen of de registratieplicht in het hoofddeding aan die criteria voldoet.

Benadrukt moet worden dat richtlijn 93/37 zich er in beginsel niet tegen verzet dat een andere instantie dan de aanbestedende dienst krachtens het nationale recht ermee is belast te controleren of er geen uitsluitingsgronden in de zin van artikel 24, eerste alinea, van deze richtlijn zijn.

Een dergelijk onderzoek vóór de opening van de inschrijvingen kan nuttig zijn voor het goede verloop van een overheidsopdracht. Aangezien de aanwezige technische kennis mogelijkerwijs ontoereikend is en bepaalde aanbestedende diensten, zoals een kleine gemeente of een organisatie met weinig personeel,

over een beperkt organisatievermogen beschikken, kan het nuttig blijken de gecentraliseerde administratieve behandeling en controle van de bewijzen die betrekking hebben op de professionele kwaliteiten van inschrijvers op overheidsopdrachten, op te dragen aan een gespecialiseerde instantie op nationaal of lokaal niveau.

In het reeds aangehaalde arrest *Michaniki* heeft het Hof reeds erkend dat een andere instantie dan de aanbestedende dienst onder nauwkeurig omschreven voorwaarden een beslissing kan nemen die leidt tot uitsluiting van een aanemer van deelneming aan een aanbestedingsprocedure. In dit verband is het niet relevant dat de zaak die aanleiding gaf tot dat arrest geen betrekking had op een in richtlijn 93/37 vermelde uitsluitingsgrond, maar op een uitsluitingsgrond die was vastgesteld naast de uitsluitingsgronden van deze richtlijn en bedoeld was om te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van transparantie in acht worden genomen.

Uit het dossier blijkt dat de voor registratie bevoegde instanties, "registratie-commissies" genaamd, overeenkomstig deze regeling op provinciaal niveau worden samengesteld en uit drie geledingen bestaan. Volgens artikel 16 van het koninklijk besluit van 1978 zijn zij samengesteld uit drie door de overheid benoemde ambtenaren, van wie één optreedt als voorzitter, en zes personen die paritair worden benoemd op voorstel van de representatieve werkgevers- en werknemersorganisaties uit het bouwbedrijf in de betrokken provincie.

Vastgesteld moet worden dat deze instantie grotendeels bestaat uit personen die particuliere belangen vertegenwoordigen, en dat nergens in het dossier staat dat hun medewerking binnen de instantie louter raadgevend is.

Een dergelijke instantie kan, gelet op haar samenstelling, niet worden aangemerkt als onpartijdig en neutraal. Deze grotendeels door vertegenwoordigers van particuliere belangen verleende medewerking kan hen er namelijk toe brengen andere marktdeelnemers de toegang tot de betrokken markt te ontzeggen. Doordat die marktdeelnemers verplicht zijn hun persoonlijke en professionele kwaliteiten te laten beoordelen door hun potentiële concurrenten, is er met betrekking tot deze instantie in elk geval sprake van een situatie van ongelijkheid op het vlak van de mededingingsvoorwaarden en ontbreken objectiviteit en onpartijdigheid, wat in strijd is met een stelsel van onvervalste mededinging, zoals dat waarin het Unierecht voorziet.

Mocht er sprake zijn van een inhoudelijke toetsing van de voorwaarden waaronder de getuigschriften door de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaten worden afgegeven, dan is dat kennelijk onverenigbaar met artikel 24, eerste alinea, van richtlijn 93/37, waarin niet in een dergelijke uitsluitingsgrond is voorzien, en met de tweede alinea, tweede streepje, van dit artikel, waaruit ondubbelzinnig blijkt dat deze getuigschriften als voldoende bewijs moeten worden aanvaard dat de aannemers hun sociale en fiscale verplichtingen zijn nagekomen.

De met het onderzoek van de getuigschriften belaste instantie heeft geen beoordelingsmarge met betrekking tot de inhoud daarvan en mag zij alleen formele aspecten marginaal toetsen. Onderzocht mag dus alleen worden of de getuigschriften echt zijn, of zij van voldoende recente datum zijn en of de instantie die ze heeft afgegeven, niet kennelijk onbevoegd was.

3.2. De keuze van de gunningscriteria

Arrest Gerecht d.d. 02 maart 2010 (arrest Evropaiki Dynamiki t. EMSA) (zaak T-70/05)

Wanneer een opdracht wordt toegewezen door gunning aan de economisch voordeligste offerte, moet de aanbestedende dienst in het bestek de gunningscriteria definiëren en preciseren aan de hand waarvan de inhoud van de offertes wordt beoordeeld. Overeenkomstig artikel 138, lid 2, van de uitvoeringsvoorschriften dienen deze criteria gerechtvaardigd te zijn door het voorwerp van de opdracht. Ingevolge lid 3 van diezelfde bepaling moet de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht of in het bestek ook het relatieve gewicht preciseren van elk der criteria die zijn gekozen om de economisch voordeligste inschrijving te bepalen. Deze bepalingen beogen te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel in het stadium van de beoordeling van de offertes met het oog op de gunning van de opdracht worden geëerbiedigd.

Het doel van deze bepalingen is bijgevolg om alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat te stellen deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren en er dus voor te zorgen dat zij bij het formuleren van hun offerte dezelfde kansen hebben.

Ofschoon de criteria die door de aanbestedende diensten in aanmerking kunnen worden genomen niet limitatief zijn opgesomd in artikel 138, lid 2, van de uitvoeringsvoorschriften en de aanbestedende diensten volgens deze bepaling dus kunnen kiezen welke gunningscriteria zij willen toepassen, kan die keuze enkel betrekking hebben op de criteria ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding.

Daarnaast hoeven de door de aanbestedende dienst gehanteerde criteria ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding, niet noodzakelijk kwantitatief van aard te zijn of uitsluitend te zijn gericht op de prijs. Zelfs wanneer in het bestek gunningscriteria niet kwantitatief zijn uitgedrukt, kunnen zij op objectieve en uniforme wijze worden toegepast om de offertes te vergelijken en zijn zij duidelijk relevant voor de selectie van de economisch voordeligste aanbidding.

Arrest Gerecht d.d. 02 maart 2010 (arrest Evropaiki Dynamiki t. EMSA) (zaak T-70/05)

De aanbestedende dienst moet ingevolge artikel 97 van het Financieel Reglement en artikel 138, lid 3, van de uitvoeringsvoorschriften, wanneer de opdracht wordt gegund aan de economisch voordeligste offerte, in het bestek of

in de aankondiging van de opdracht de toepasselijke gunningscriteria en hun gewicht aangeven.

Deze laatste bepalingen, gelezen in het licht van het beginsel van gelijke behandeling van de marktdeelnemers en het transparantiebeginsel, die zijn genoemd in artikel 89, lid 1, van het Financieel Reglement, vereisen dat alle elementen die door de aanbestedende dienst in aanmerking worden genomen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding, en, indien mogelijk, het relatieve belang van deze criteria, bij de potentiële inschrijvers bekend zijn wanneer deze hun offertes voorbereiden. Hieruit volgt dat een aanbestedende dienst geen subcriteria voor de gunningscriteria kan toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht.

Volgens vaste rechtspraak mag een aanbestedende dienst evenwel na het verstrijken van de termijn voor de indiening van de offertes, wegingscoëfficiënten voor de subcriteria van de vooraf vastgestelde gunningscriteria hanteren, mits daarbij drie voorwaarden in acht worden genomen, namelijk dat deze ex post bepaling, in de eerste plaats geen wijziging brengt in de in het bestek of de aankondiging van de opdracht gedefinieerde gunningscriteria voor de opdracht, in de tweede plaats geen elementen bevat die, indien zij bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden, en in de derde plaats niet is gehanteerd met inaanmerkingneming van elementen die discriminerend kunnen werken jegens een van de inschrijvers.

De aanbestedende dienst schendt het Financieel Reglement en de uitvoeringsvoorschriften niet wanneer hij over subelementen van een vooraf vastgesteld gunningscriterium de punten verdeelt die bij de opstelling van het bestek voor dat criterium waren voorzien, op voorwaarde dat deze verdeling niet de in het bestek of in de aankondiging van de opdracht gedefinieerde gunningscriteria wijzigt, geen elementen bevat die, indien zij bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden en niet is vastgesteld met inaanmerkingneming van elementen die discriminerend kunnen werken jegens een van de inschrijvers.

Arrest Gerecht d.d. 19 maart 2010 (arrest Evropaiki Dynamiki t. commissie) (zaak T-50/05)

Om de inachtneming van het transparantiebeginsel, het beginsel van gelijke behandeling en het beginsel van non-discriminatie te verzekeren bij de selectie van de offertes met het oog op de gunning van de opdracht, legt artikel 97, lid 1, van het Financieel reglement de aanbestedende dienst de verplichting op om in geval van gunning aan de economisch voordeligste inschrijving de gunningscriteria aan de hand waarvan de inhoud van de offertes zal worden beoordeeld, in de inschrijvingsdocumenten te definiëren en te preciseren. Volgens artikel 138, lid 2, van de uitvoeringsvoorschriften dienen deze criteria te worden gerechtvaardigd door het voorwerp van de opdracht. Volgens lid 3 van dit artikel dient de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht

of in het bestek ook het relatieve gewicht te vermelden van elk der criteria die zijn gekozen om de economisch voordeligste inschrijving te bepalen.

Deze bepalingen laten het echter aan de aanbestedende dienst over, de gunningscriteria voor de evaluatie van de offertes te kiezen. De door de aanbestedende dienst gekozen gunningscriteria moeten er echter in elk geval op gericht zijn, de economisch voordeligste inschrijving te bepalen.

Bovendien moeten de criteria die de aanbestedende dienst ter bepaling van de economisch voordeligste inschrijving heeft gekozen, niet noodzakelijkerwijs kwantitatief zijn of uitsluitend op de prijzen zijn gericht. Zelfs indien in het bestek gunningscriteria worden vermeld die niet zijn gekwantificeerd, kunnen deze op objectieve en uniforme wijze worden toegepast om de offertes te vergelijken en zijn deze duidelijk relevant om de economisch voordeligste inschrijving te selecteren.

4. Het administratief en technisch onderzoek van offertes/inschrijvingen

Arrest Gerecht d.d. 19 maart 2010 (arrest Evropaïki Dynamiki t. commissie) (zaak T-50/05)

Volgens het algemene beginsel van behoorlijk bestuur, dat ook de zorgvuldigheidsplicht omvat, is elke gemeenschapsinstelling verplicht een redelijke termijn in acht te nemen bij het voeren van administratieve procedures en zorgvuldig te handelen in haar betrekkingen met het publiek.

Verder dient te worden gepreciseerd dat ter zake van het plaatsen van communautaire overheidsopdrachten de contacten tussen de aanbestedende dienst enerzijds en de potentiële en de daadwerkelijke inschrijvers anderzijds worden geregeld door de artikelen 141 en 148 van de uitvoeringsvoorschriften.

Artikel 141 van de uitvoeringsvoorschriften bepaalt:

“1. Voor zover zij tijdig vóór de uiterste datum voor de indiening van de offertes zijn aangevraagd, worden de bestekken en aanvullende stukken binnen zes dagen na ontvangst van de aanvraag toegezonden aan alle economische subjecten die een bestek hebben aangevraagd of die blijk hebben gegeven van belangstelling om in te schrijven.

2. Voor zover daarom tijdig is verzocht, worden nadere inlichtingen over de bestekken tegelijkertijd en uiterlijk zes kalenderdagen vóór de uiterste datum voor de ontvangst van de offertes meegedeeld aan alle economische subjecten die een bestek hebben aangevraagd of die blijk hebben gegeven van belangstelling om in te schrijven of, voor de verzoeken om inlichtingen die minder dan acht kalenderdagen vóór de uiterste datum voor de ontvangst van de offertes zijn ontvangen, zo snel mogelijk na de ontvangst van het verzoek.

[...]"

Verder bepaalt artikel 148 van de uitvoeringsvoorschriften:

"1. Contacten tussen de aanbestedende dienst en de inschrijvers gedurende de procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht zijn bij wijze van uitzondering in de in de leden 2 en 3 bedoelde omstandigheden toegestaan.

2. Vóór de datum waarop de inschrijving wordt gesloten, mag de aanbestedende dienst voor de in artikel 141 bedoelde aanvullende documenten en inlichtingen:

a) op initiatief van de inschrijvers nadere inlichtingen verstrekken die uitsluitend tot doel hebben de aard van de opdracht te verduidelijken; deze inlichtingen worden op dezelfde datum verstrekt aan alle inschrijvers die het bestek hebben aangevraagd;

[...]"

Uit de hierboven aangehaalde bepalingen blijkt dus dat contacten tussen de aanbestedende dienst enerzijds en de potentiële en de daadwerkelijke inschrijvers anderzijds vóór de uiterste datum voor indiening van de offertes zijn toegestaan voor zover zij strekken tot het verkrijgen van "nadere inlichtingen" over het bestek (artikel 141, lid 2, van de uitvoeringsvoorschriften) en "nadere inlichtingen" over de in artikel 141 bedoelde aanvullende documenten en inlichtingen "die uitsluitend tot doel hebben de aard van de opdracht te verduidelijken" (artikel 148, lid 2, sub a, van de uitvoeringsvoorschriften).

De in artikel 141, lid 2, van de uitvoeringsvoorschriften bedoelde "nadere inlichtingen" dient de aanbestedende dienst binnen de in dat artikel gestelde termijnen aan de potentiële inschrijvers te verstrekken. De in artikel 148, lid 2, sub a, van de uitvoeringsvoorschriften bedoelde "nadere inlichtingen" kan de aanbestedende dienst aan de inschrijvers verstrekken, maar hij is daartoe niet verplicht.

Arrest Gerecht d.d. 02 maart 2010 (arrest Evropaïki Dynamiki t. EMSA) (zaak T-70/05)

De aanbestedende dienst dient in elke fase van een aanbestedingsprocedure het beginsel van gelijke behandeling en daarmee de gelijkheid van kansen van alle inschrijvers te eerbiedigen. Een stelsel van onvervalste mededinging, zoals dat waarin het Verdrag voorziet, kan slechts worden gewaarborgd indien wordt gezorgd voor gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers.

Er dient eveneens aan te worden herinnerd dat krachtens artikel 98, lid 1, van het Financieel Reglement "[d]e regels voor de indiening van de offertes [...] een werkelijke concurrentie en de vertrouwelijkheid van de inhoud [garanderen] totdat zij gelijktijdig worden geopend".

De fase van de opening van de offertes – die verloopt volgens de regels zoals vastgelegd in artikel 145 van de uitvoeringsvoorschriften – wordt er juist door gekenmerkt dat zij formeel is en tot doel heeft een commissie, die uit ten minste drie personen is samengesteld, in staat te stellen te beoordelen en te waarborgen dat onder meer de regels omtrent de toezending van de offertes zijn nageleefd, gezien het belang van deze regels in procedures voor de plaatsing van opdrachten. De leden van deze commissie paraferen onder meer de documenten die strekken tot het bewijs van de datum en het tijdstip van verzending van elke offerte en ondertekenen het proces-verbaal van de opening van de ontvangen offertes, waarin is aangegeven welke offertes deugdelijk en welke niet deugdelijk waren tezamen met de redenen waarom zij als niet-deugdelijk zijn afgewezen in het licht van de regels voor indiening van artikel 143 van de uitvoeringsvoorschriften. Het betreft bijgevolg formaliteiten waarvan de naleving voor de procedure voor de plaatsing van opdrachten essentieel is.

Arrest Gerecht d.d. 02 maart 2010 (arrest Evropaïki Dynamiki t. EMSA) (zaak T-70/05)

De aanbestedende dienst beschikt met betrekking tot de factoren die in aanmerking moeten worden genomen bij een besluit tot de gunning van een opdracht, over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid, en het Gerecht dient enkel te toetsen of er geen sprake is van een ernstige en klaarblijkelijke onjuistheid.

Arrest Gerecht d.d. 11 mei 2010 (arrest PC-Ware Information Technologies t. commissie) (zaak T-121/08)

Uit artikel 139 van de Uitvoeringsvoorschriften volgt dat de aanbestedende dienst een hem abnormaal laag voorkomende offerte pas mag afwijzen nadat hij de inschrijver in de gelegenheid heeft gesteld zijn offerte te preciseren of toe te lichten. Derhalve ontstaat de verplichting, de ernst van een offerte te onderzoeken, wanneer er twijfel bestaat omtrent de betrouwbaarheid daarvan. Bovendien heeft dit artikel voornamelijk tot doel, te waarborgen dat een inschrijver niet van de procedure wordt uitgesloten zonder dat hij de mogelijkheid heeft gehad de inhoud van zijn abnormaal laag lijkende offerte te rechtvaardigen.

De Commissie beschikt over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid ten aanzien van de elementen die zij in aanmerking moet nemen bij een beslissing over de gunning van een uitgeschreven opdracht, en dat het Gerecht zich dient te beperken tot de toetsing of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld, en of er geen sprake is van een kennelijke beoordelingsfout of misbruik van bevoegdheid.

Arrest Gerecht d.d. 09 september 2010 (arrest Evropaïki Dynamiki t. commissie) (zaak T-300/07)

De Commissie beschikt over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid ten aanzien van de omstandigheden die zij in aanmerking neemt bij een besluit inzake de gunning van een opdracht. Het Gerecht dient zich te beperken tot de toetsing of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de fei-

ten juist zijn vastgesteld, en of er geen sprake is van een kennelijke beoordelingsfout of misbruik van bevoegdheid.

5. De gunning van de opdracht/keuze van de medecontractant

5.1. De motivering van de keuze van de medecontractant

5.1.1. Algemeen

Arrest Gerecht d.d. 02 maart 2010 (arrest Evropaïki Dynamiki t. EMSA) (zaak T-70/05)

De verzoekende partij wil kritiek uiten op de weigering van de aanbestedende dienst om met haar in discussie te treden over de merites van haar offerte in vergelijking met die van de gekozen offerte. Dienaangaande volstaat het eraan te herinneren dat de aanbestedende dienst niet verplicht is om in het kader van zijn plicht tot motivering van een besluit tot afwijzing van een offerte, een dergelijke discussie te voeren. Daarnaast kan deze omstandigheid alleen de rechtmatigheid van dat besluit niet aantasten. Verzoekster kan EMSA bijgevolg niet verwijten dat het aan zijn motiveringsplicht heeft verzaakt omdat het heeft geweigerd te antwoorden op vragen en verzoeken om verduidelijkingen.

In het kader van een procedure voor de plaatsing van overheidsopdrachten zijn de voorschriften die bepalen welke motivering de aanbestedende dienst moet verschaffen aan de inschrijver waarvan de offerte niet is gekozen, artikel 100, lid 2, van het Financieel Reglement en artikel 149 van de uitvoeringsvoorschriften zijn, en niet de bepalingen van richtlijn 92/50.

Uit eerdergenoemde artikelen volgt dat op het gebied van overheidsopdrachten, de aanbestedende dienst aan zijn motiveringsplicht voldoet wanneer hij om te beginnen de niet uitgekozen inschrijvers onmiddellijk van de redenen voor afwijzing van hun offerte op de hoogte brengt en vervolgens aan de inschrijvers die een deugdelijke offerte hebben ingediend en hier uitdrukkelijk om verzoeken, binnen een termijn van vijftien dagen te rekenen vanaf de ontvangst van een schriftelijk verzoek, de kenmerken en de relatieve voordelen van de gekozen offerte alsmede de naam van de opdrachtnemer meedeelt.

Deze handelwijze beantwoordt aan het doel van de in artikel 253EG geformuleerde motiveringsplicht, volgens welke de redenering van de instantie waarvan de handeling afkomstig is, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking dient te worden gebracht zodat enerzijds de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel en hun rechten kunnen verdedigen en anderzijds de rechter zijn toezicht kan uitoefenen.

Daaraan moet worden toegevoegd dat bij de beoordeling of de motiveringsplicht is nageleefd, rekening moet worden gehouden met de informatie waarover verzoekster op het moment van het instellen van haar beroep beschikte.

De aan de motivering te stellen eisen moeten daarnaast worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die rechtstreeks en individueel door de handeling worden geraakt, bij een verklaring kunnen hebben.

Arrest Gerecht d.d. 19 maart 2010 (arrest Evropaïki Dynamiki t. commissie) (zaak T-50/05)

De aanbestedende dienst voldoet aan zijn motiveringsplicht wanneer hij allereerst iedere afgewezen inschrijver onmiddellijk in kennis stelt van de redenen voor de niet-inaanmerkingneming van zijn offerte en vervolgens de inschrijvers die een geldige offerte hebben ingediend en daar uitdrukkelijk om hebben verzocht, binnen een termijn van vijftien kalenderdagen na ontvangst van dat schriftelijke verzoek, in kennis stelt van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte en van de naam van degene aan wie de opdracht is gegund.

Deze handelwijze beantwoordt aan het doel van de in artikel 253 EG geformuleerde motiveringsplicht, volgens welke de redenering van de instantie waarvan de handeling afkomstig is, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking dient te worden gebracht, zodat enerzijds de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel en hun rechten kunnen verdedigen, en anderzijds de rechter zijn toezicht kan uitoefenen.

Hieraan dient te worden toegevoegd dat bij de beoordeling van de nakoming van de motiveringsplicht rekening moet worden gehouden met de informatie waarover verzoekster op het moment van het instellen van het beroep beschikte.

Arrest Gerecht d.d. 11 mei 2010 (arrest PC-Ware Information Technologies t. commissie) (zaak T-121/08)

Aangaande de vraag of de bestreden beschikking voldoet aan de algemene motiveringsplicht zoals deze voortvloeit uit artikel 253 EG, moet er allereerst aan worden herinnerd dat de motiveringsplicht volgens vaste rechtspraak afhankelijk is van de aard van de betrokken handeling en van de context waarin deze is vastgesteld. De motivering moet de redenering van de instantie duidelijk en ondubbelzinnig tot uiting brengen, zodat enerzijds de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel om hun rechten te kunnen verdedigen en kunnen nagaan of de beschikking al dan niet gegrond is, en anderzijds de gemeenschapsrechter zijn toezicht kan uitoefenen.

Vervolgens diende de Commissie, overeenkomstig artikel 100, lid 2, van het Financieel Reglement en artikel 149, lid 2, van de Uitvoeringsvoorschriften, verzoekster binnen een termijn van vijftien kalenderdagen na ontvangst van een schriftelijk verzoek in kennis te stellen van de redenen waarom haar offerte niet

in aanmerking werd genomen en daarenboven, daar deze een geldige offerte had ingediend, van de kenmerken en voordelen van de gekozen offerte en van de naam van de inschrijver waaraan de opdracht werd gegund.

Volgens vaste rechtspraak voldoet deze handelwijze, zoals beschreven in artikel 100, lid 2, van het Financieel Reglement, waaruit duidelijk en ondubbelzinnig de redenering van de opsteller van de handeling blijkt, aan de doelstelling van de in artikel 253 EG neergelegde motiveringsplicht, zoals deze hierboven in punt 92 in herinnering is gebracht.

Arrest Gerecht d.d. 09 september 2010 (arrest Evropaiki Dynamiki t. commissie) (zaak T-300/07)

De Commissie beschikt over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid ten aanzien van de omstandigheden die zij in aanmerking neemt bij een besluit inzake de gunning van een opdracht. De rechterlijke toetsing van de uitoefening van die beoordelingsvrijheid beperkt zich dan tot de controle of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld, en of er geen sprake is van een kennelijke beoordelingsfout of misbruik van bevoegdheid.

Verder is het in gevallen waarin de Commissie over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt, van des te groter fundamenteel belang dat de door de communautaire rechtsorde in administratieve procedures geboden waarborgen worden nageleefd. Tot die waarborgen behoort met name de verplichting voor de bevoegde instelling om haar beschikkingen toereikend te motiveren. Enkel dan is de gemeenschapsrechter in staat om te toetsen of voldaan is aan alle feitelijke en juridische vereisten waarvan de uitoefening van de beoordelingsvrijheid afhangt.

Tevens dient eraan te worden herinnerd dat de aan de motivering te stellen eisen moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die rechtstreeks en individueel door de handeling worden geraakt, bij een verklaring kunnen hebben.

Voorts vormt de motiveringsplicht een wezenlijk vormvoorschrift, dat moet worden onderscheiden van de vraag naar de gegrondheid van de motivering, die de inhoudelijke wettigheid van de omstreden handeling betreft.

Tot slot zij erop gewezen dat de in casu toepasselijke, specifieke voorschriften inzake de motivering van besluiten tot afwijzing van door inschrijvers in het kader van een aanbestedingsprocedure ingediende offertes, zijn vervat in artikel 100, lid 2, van het financieel reglement en artikel 149, lid 3, van de uitvoeringsvoorschriften.

Uit deze bepalingen en de rechtspraak van het Gerecht volgt dat de Commissie aan haar motiveringsverplichting heeft voldaan indien zij ten eerste iedere inschrijver onmiddellijk de redenen voor afwijzing van zijn offerte meedeelt en

vervolgens de inschrijvers die een geldige offerte hebben ingediend en nadrukkelijk hierom verzoeken, binnen vijftien kalenderdagen na ontvangst van een schriftelijk verzoek de kenmerken en relatieve voordelen van de geselecteerde offerte alsook de naam van de gekozen inschrijver verschaft.

Deze handelwijze beantwoordt aan het doel van de in artikel 253 EG geformuleerde motiveringsplicht, volgens dewelke de redenering van de instantie waarvan de handeling afkomstig is, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking dient te worden gebracht zodat enerzijds de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel en hun rechten kunnen verdedigen, en anderzijds de rechter zijn toezicht kan uitoefenen.

5.1.2. Beoordeling van de gunningscriteria

Arrest Gerecht d.d. 02 maart 2010 (arrest Evropaïki Dynamiki t. EMSA) (zaak T-70/05)

In het licht van de inlichtingen en de aanwijzingen over de aan haar offerte toegekende score voor elk criterium, was verzoekster niet alleen in staat de zwakke punten in haar offerte te onderkennen, en dus de redenen voor afwijzing daarvan, namelijk dat zij niet het vereiste kwaliteitsniveau had gehaald voor twee van de gunningscriteria, maar ook het globale resultaat van de beoordeling van haar offerte te vergelijken met dat van de gekozen inschrijver.

Arrest Gerecht d.d. 19 maart 2010 (arrest Evropaïki Dynamiki t. commissie) (zaak T-50/05)

De aanbestedende dienst beschikt over een ruime beoordelingsvrijheid met betrekking tot de elementen die hij in aanmerking dient te nemen bij een beslissing tot plaatsing van een opdracht na een oproep tot inschrijving, en dient het Gerecht zich te beperken tot de toetsing of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld, en of er geen sprake is van een kennelijke beoordelingsfout of van misbruik van bevoegdheid.

6. Rechtsbescherming

6.1. Overheidsopdrachten

Arrest Hof van Justitie d.d. 28 januari 2010 (arrest commissie t. Ierland) (zaak C-456/08)

Artikel 8, lid 2, van richtlijn 93/37 bepaalt dat de aanbestedende diensten de gegadigden en inschrijvers zo spoedig mogelijk in kennis stellen van de besluiten die zijn genomen inzake de gunning van de opdracht. De kennisgeving van het besluit tot gunning van een overheidsopdracht aan de niet-gekozen gegadigden en inschrijvers is verplicht krachtens die bepaling.

Diezelfde verplichting vloeit voort uit artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665, aangezien de mogelijkheid om tegen gunningsbesluiten een effectief beroep in te stellen, veronderstelt dat de gegadigden en inschrijvers tijdig van het gunningsbesluit in kennis worden gesteld.

De gegadigden en inschrijvers dienen, om over een effectieve rechtsbescherming te beschikken, enige tijd vóór het sluiten van die overeenkomst van het genomen gunningsbesluit op de hoogte te worden gebracht.

...

Richtlijn 89/665 verzet zich niet tegen een nationale regeling die bepaalt dat tegen een besluit van de aanbestedende dienst binnen een daartoe gestelde termijn beroep moet worden ingesteld en dat elke ter ondersteuning van het beroep aangevoerde onregelmatigheid van de aanbestedingsprocedure op straffe van verval van recht binnen diezelfde termijn moet worden opgeworpen, zodat het na het verstrijken van deze termijn niet langer mogelijk is tegen een dergelijk besluit op te komen of een dergelijke onregelmatigheid op te werpen, mits de betrokken termijn redelijk is.

Deze rechtspraak is gebaseerd op de overweging dat de volledige verwezenlijking van het doel van richtlijn 89/665 in gevaar zou worden gebracht indien het de gegadigden en de inschrijvers vrij zou staan op ieder moment van de aanbestedingsprocedure inbreuken op de regels voor het plaatsen van opdrachten op te werpen, waardoor de aanbestedende dienst verplicht zou worden om de volledige procedure opnieuw te beginnen om deze inbreuken te herstellen.

Nationale vervaltermijnen, met inbegrip van de wijze van toepassing ervan, mogen de uitoefening van de rechten die de belanghebbende in voorkomend geval aan het gemeenschapsrecht ontleent, op zich niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof mag de toepassing van een nationale vervaltermijn er niet toe leiden dat de uitoefening van het recht om tegen besluiten tot gunning van overheidsopdrachten beroep in te stellen, haar nuttige werking verliest.

De gegadigden en inschrijvers zijn slechts in staat om tijdig de noodzakelijke maatregelen te treffen om overeenkomstig artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 op te komen tegen de eventuele inbreuken op de regeling inzake overheidsopdrachten wanneer uit de nationale wettelijke regeling duidelijk blijkt dat ook de voorbereidingshandelingen of voorlopige besluiten die in het kader van het plaatsen van een overheidsopdracht door de aanbestedende diensten worden genomen, een vervaltermijn in werking zetten.

Weliswaar verplicht artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 de lidstaten te waarborgen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld. Om de door deze richtlijn nagestreefde doelstelling van voortvarendheid te verwezenlijken, staat

het de lidstaten vrij beroepstermijnen op te leggen teneinde de marktdeelnemers te verplichten, in het kader van een aanbestedingsprocedure genomen voorbereidende maatregelen en tussentijdse besluiten binnen korte termijnen te betwisten.

De door richtlijn 89/665 nagestreefde doelstelling van voortvarendheid moet echter in het nationale recht worden verwezenlijkt met inachtneming van de vereisten van rechtszekerheid. Te dien einde zijn de lidstaten verplicht, een termijnregeling in te voeren die zo nauwkeurig, duidelijk en voorzienbaar is, dat de particulier zijn rechten en plichten kan kennen.

Die doelstelling van voortvarendheid staat de lidstaten niet toe, af te wijken van het effectiviteitsbeginsel, volgens hetwelk de wijze van toepassing van de nationale vervalltermijnen de uitoefening van de rechten die de betrokkenen aan het gemeenschapsrecht ontleen, niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag maken, welk beginsel ten grondslag ligt aan de in artikel 1, lid 1, van die richtlijn uitdrukkelijk geformuleerde doelstelling van de doeltreffendheid van het beroep.

De omzetting van een richtlijn vereist niet noodzakelijkerwijs dat de bepalingen ervan formeel en letterlijk worden overgenomen in een uitdrukkelijke wettelijke bepaling en een algemene juridische context kan volstaan. Deze context moet echter voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn, zodat de begunstigten al hun rechten kunnen kennen en ze zo nodig voor de nationale rechterlijke instanties kunnen doen gelden.

...

Aangezien richtlijn 89/665 een doelstelling van voortvarendheid nastreeft, is het legitiem dat een lidstaat, in het kader van de uitvoering van die richtlijn, de betrokkenen verplicht tot spoed bij het instellen van de desbetreffende beroepen.

De formulering van Order 84A, lid 4, RSC, volgens welke een beroep “zo snel mogelijk en in ieder geval binnen drie maanden” moet worden ingesteld, houdt echter een onzekerheid in. Het valt niet uit te sluiten dat een dergelijke bepaling de nationale rechterlijke instanties machtigt een beroep nog vóór het verstrijken van de termijn van drie maanden vervallen te verklaren, indien zij van oordeel zijn dat het beroep niet “zo snel mogelijk”, in de zin van die bepaling, is ingesteld.

De duur van een vervalltermijn is voor de betrokkenen niet voorzienbaar indien hij aan de vrije beoordeling van de bevoegde rechter wordt overgelaten. Derhalve verzekert een nationale bepaling die in een dergelijke termijn voorziet, geen doeltreffende uitvoering van richtlijn 89/665.

Om te bepalen of een richtlijn ontoereikend ten uitvoer is gelegd, hoeven niet steeds de reële effecten van de nationale uitvoeringsbepalingen te worden

aangetoond. Anders is het, indien de ontoereikende uitvoering in de tekst van die wetgeving besloten ligt.

Op een gebied zoals dat van de overheidsopdrachten, waarin de procedures complex en de feitelijke elementen gevarieerd kunnen zijn, kan de door de nationale wetgever aan de nationale rechterlijke instanties geboden mogelijkheid de beroepstermijnen om billijkheidsredenen te verlengen, in het belang zijn van een goede rechtsbedeling.

Arrest Hof van Justitie d.d. 28 januari 2010 (arrest Uniplex) (zaak C-406/08)

Richtlijn 89/665 heeft tot doel te garanderen dat er doeltreffende beroepsmogelijkheden bestaan in geval van schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet, opdat een daadwerkelijke naleving van de richtlijnen inzake de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten kan worden gewaarborgd. Zij bevat echter geen specifieke bepaling betreffende de termijnen voor de beroepen die zij beoogt in te voeren. Het staat dus aan de nationale rechtsorde van elke lidstaat om deze termijnen vast te stellen.

De procedurele regels voor beroepen in rechte ter bescherming van de rechten die het gemeenschapsrecht aan de door besluiten van aanbestedende diensten gelaadeerde gegadigden en inschrijvers verleent, mogen geen inbreuk maken op de nuttige werking van richtlijn 89/665.

Gelet op de doelstelling van deze richtlijn, moet dus worden getoetst of een nationale regeling zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, geen inbreuk maakt op de door het gemeenschapsrecht aan particulieren verleende rechten. Er zij aan herinnerd dat artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 de lidstaten verplicht te waarborgen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen onwettige besluiten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld.

Het feit dat een gegadigde of een inschrijver verneemt dat zijn aanmelding of zijn aanbieding is afgewezen, stelt hem echter niet in staat om effectief beroep in te stellen. Die informatie volstaat niet om het de gegadigde of de inschrijver mogelijk te maken, het eventuele bestaan te ontdekken van een onwettigheid waartegen beroep kan worden ingesteld.

Pas nadat een betrokken gegadigde of inschrijver kennis heeft gekregen van de redenen waarom hij van de procedure voor het plaatsen van een opdracht is uitgesloten, kan hij een weloverwogen mening vormen over het eventuele bestaan van een schending van de toepasselijke bepalingen en over de opportuniteit van het instellen van een beroep.

Daaruit volgt dat het in artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 gestelde doel, het bestaan van doeltreffende beroepen tegen schendingen van de toepasselijke bepalingen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten te waarborgen, slechts kan worden bereikt indien de termijnen voor het instellen van die beroepen

pas beginnen te lopen vanaf de datum waarop de verzoeker kennis had of kennis had moeten hebben van de gestelde schending van die bepalingen.

Deze conclusie wordt bevestigd door het feit dat artikel 41, leden 1 en 2, van richtlijn 2004/18, die ten tijde van de feiten in het hoofdgeding van kracht was, de aanbestedende diensten verplicht de afgewezen gegadigden en inschrijvers in kennis te stellen van de redenen voor het hen betreffende besluit. Dergelijke bepalingen zijn verenigbaar met een regeling voor vervaltermijnen krachtens welke die termijnen lopen vanaf de datum waarop de verzoeker kennis had of kennis had moeten hebben van de gestelde schending van de toepasselijke bepalingen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.

Diezelfde conclusie vindt ook steun in de wijzigingen die aan richtlijn 89/665 zijn aangebracht door richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PB L 335, blz. 31), ofschoon de termijn voor de omzetting van deze richtlijn eerst na de feiten van het hoofdgeding is verstreken. Artikel 2 quater van richtlijn 89/665, toegevoegd bij richtlijn 2007/66, bepaalt immers dat het besluit van de aanbestedende dienst, vergezeld van een samenvattende beschrijving van de relevante redenen, aan iedere inschrijver of gegadigde wordt megedeeld, en dat de termijnen voor het instellen van beroep pas een bepaald aantal dagen na die mededeling verstrijken.

...

Artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 verplicht de lidstaten te waarborgen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld. Om de door deze richtlijn nagestreefde doelstelling van voortvarendheid te verwezenlijken, staat het de lidstaten vrij beroepstermijnen op te leggen teneinde de marktdeelnemers te verplichten, in het kader van een aanbestedingsprocedure genomen voorbereidende maatregelen en tussentijdse besluiten binnen korte termijnen te betwisten.

De door richtlijn 89/665 nagestreefde doelstelling van voortvarendheid moet in het nationale recht worden verwezenlijkt met inachtneming van de vereisten van rechtszekerheid. Te dien einde zijn de lidstaten verplicht, een termijnregeling in te voeren die zo nauwkeurig, duidelijk en voorzienbaar is, dat de particulier zijn rechten en plichten kan kennen.

Bovendien staat de door richtlijn 89/665 nagestreefde doelstelling van voortvarendheid de lidstaten niet toe, af te wijken van het effectiviteitsbeginsel, volgens hetwelk de wijze van toepassing van de nationale vervaltermijnen de uitoefening van de rechten die de betrokkenen aan het gemeenschapsrecht ontleen, niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag maken, welk beginsel ten grondslag ligt aan de in artikel 1, lid 1, van die richtlijn uitdrukkelijk geformuleerde doelstelling van de doeltreffendheid van het beroep.

Een nationale bepaling, zoals Regulation 47, lid 7, sub b, van de Regulation 2006, volgens welke beroep slechts mogelijk is, indien “dit beroep onverwijld en in elk geval binnen drie maanden [...] aanhangig is gemaakt”, houdt een onzekerheid in. Het valt immers niet uit te sluiten dat een dergelijke bepaling de nationale rechterlijke instanties machtigt, een beroep nog vóór het verstrijken van de termijn van drie maanden vervallen te verklaren, indien zij van oordeel zijn dat het beroep niet “onverwijld” in de zin van die bepaling aanhangig is gemaakt.

Zoals de advocaat-generaal in punt 69 van haar conclusie heeft opgemerkt, zijn de gevolgen van een vervaltermijn waarvan de bevoegde rechter de duur naar eigen inzicht vaststelt, niet voorzienbaar. Een nationale bepaling die in een dergelijke termijn voorziet, verzekert dus geen doeltreffende uitvoering van richtlijn 89/665.

...

In het kader van nationale bepalingen ter uitvoering van een richtlijn, moeten de nationale rechters die nationale bepalingen zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken.

In de onderhavige zaak staat het aan de nationale rechter om de nationale bepalingen tot instelling van de vervaltermijn zoveel mogelijk in overeenstemming met het doel van richtlijn 89/665 uit te leggen.

Teneinde te voldoen aan de in het antwoord op de eerste vraag vervatte vereisten, moet de aangezochte nationale rechter de nationale bepalingen betreffende de beroepstermijn zoveel mogelijk uitleggen op een wijze die verzekert dat die termijn pas loopt vanaf de datum waarop de verzoeker kennis had of kennis had moeten hebben van de schending van de regels voor het plaatsen van de betrokken overheidsopdracht.

Indien de betrokken nationale bepalingen zich niet voor een dergelijke uitlegging zouden lenen, zou die rechter, met gebruikmaking van zijn discretionaire bevoegdheid, de beroepstermijn moeten verlengen op een wijze die verzekert dat de verzoeker beschikt over een termijn die gelijkwaardig is aan die waarover hij zou hebben beschikt indien de door de toepasselijke nationale regeling voorgeschreven termijn zou hebben gelopen vanaf de datum waarop hij kennis had of kennis had moeten hebben van de schending van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.

In ieder geval zou de nationale rechter, indien de nationale bepalingen betreffende de beroepstermijnen niet in overeenstemming met richtlijn 89/665 zouden kunnen worden uitgelegd, ze buiten toepassing moeten laten, teneinde het gemeenschapsrecht integraal toe te passen en de rechten te beschermen die het aan particulieren toekent.

Arrest Hof van Justitie d.d. 06 mei 2010 (arrest Club Hotel Loutraki e.a.) (gevoegde zaken C-145/08 en C-149/08)

Uit de bewoordingen van richtlijn 89/665, doorgaans de „rechtsmiddelenrichtlijn” genoemd, blijkt dat de door deze richtlijn nagestreefde bescherming betrekking heeft op het handelen of nalaten van de aanbestedende diensten.

Zo is met name in de vijfde overweging van de considerans en in artikel 1, lid 1, van deze richtlijn sprake van de tegen de besluiten van de aanbestedende diensten te nemen maatregelen. Daarbij komt dat volgens lid 3 van dit artikel de lidstaten kunnen bepalen dat degene die van plan is om gebruik te maken van een beroepsprocedure, de aanbestedende dienst vooraf in kennis dient te stellen van de beweerde schending, zodat die dienst deze schending zou kunnen verhelpen. Bovendien biedt artikel 3, lid 2, van deze richtlijn de Commissie de mogelijkheid om de betrokken aanbestedende dienst in kennis te stellen van de redenen waarom zij meent dat er tijdens de procedure tot plaatsing van een overheidsopdracht een schending heeft plaatsgevonden, en te vragen om deze schending ongedaan te maken.

Bijgevolg dient te worden geconcludeerd dat geschillen betreffende besluiten van een instantie als de ESR niet vallen onder het stelsel van rechtsmiddelen waarin richtlijn 89/665 voorziet.

Het is echter ontegenzeglijk zo dat de besluiten van het ESR gevolgen kunnen hebben voor het verloop en zelfs voor de uitkomst van een openbare aanbestedingsprocedure, aangezien zij kunnen leiden tot de uitsluiting van een inschrijver, of zelfs van een opdrachtnemer, die zich individueel in een van de in de relevante nationale regeling bepaalde situaties van onverenigbaarheid bevindt. Die besluiten zijn dus niet zonder belang voor de goede toepassing van het desbetreffende recht van de Unie.

In de onderhavige zaak blijkt uit de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens dat bij de vaststelling van het besluit van de ESR waardoor verzoeker in het hoofdgeding de gunning van de betrokken overheidsopdracht is misgelopen ofschoon zij als opdrachtnemer was aangewezen, volgens die verzoeker de bepalingen van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54) en de uit het primaire recht van de Unie voortvloeiende beginselen waren geschonden.

Het beginsel van doeltreffende bescherming in rechte vormt een algemeen beginsel van het recht van de Unie.

Volgens vaste rechtspraak is het bij gebreke van communautaire regelgeving ter zake een aangelegenheid van elke lidstaat om de bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen en de procesregels vast te stellen voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het recht van de Unie ontleen. Deze procesregels mogen echter niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke vorderingen ter bescherming van de rechten die

de justitiabelen aan het nationale recht ontlenden (gelijkwaardigheidsbeginsel), en mogen de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).

Het recht van de Unie, inzonderheid het recht op een doeltreffende bescherming in rechte, verzet zich tegen een nationale regeling als die welke aan die orde is in het hoofdgeding, die aldus wordt uitgelegd dat de leden van een tijdelijke vereniging die heeft ingeschreven op een openbare aanbestedingsprocedure, de mogelijkheid wordt ontnomen om individueel vergoeding te vorderen van de schade die zij individueel zouden hebben geleden als gevolg van een besluit van een instantie – niet zijnde de aanbestedende dienst – die overeenkomstig de toepasselijke nationale bepalingen bij die procedure is betrokken, en dat gevolgen kan hebben voor het verloop van die procedure.

Arrest Hof van Justitie d.d. 30 september 2010 (arrest Strabag e.a.) (zaak C-314/09)

Volgens artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 moeten de lidstaten de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld op grond van het feit dat door die besluiten het unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat recht is omgezet, „geschonden” zijn. De derde overweging van de considerans van die richtlijn benadrukt dat er doeltreffende en snelle beroepsprocedures moeten bestaan in geval van „schending” van dat recht of van die voorschriften.

Wat in het bijzonder de beroepsprocedure tot verkrijging van schadevergoeding betreft, bepaalt artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 dat de lidstaten ervoor zorgen dat de maatregelen betreffende het in artikel 1 bedoelde beroep de nodige bevoegdheden behelzen om schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een schending zijn gelaedeerd.

Richtlijn 89/665 stelt echter enkel de minimumvoorwaarden vast waaraan de beroepsprocedures in de nationale rechtsorden moeten voldoen om de eerbiediging van de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten te verzekeren. Aangezien ter zake geen specifieke bepaling bestaat, dient elke lidstaat bijgevolg in zijn nationale rechtsorde de nodige maatregelen te bepalen om te waarborgen dat aan de hand van de beroepsprocedures daadwerkelijk schadevergoeding kan worden toegekend aan degenen die door een schending van het recht inzake overheidsopdrachten zijn gelaedeerd.

Weliswaar maakt de uitvoering van artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 dan ook in beginsel deel uit van de procedurele autonomie van de lidstaten, begrensd door de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit, maar er dient toch te worden onderzocht of die bepaling, uitgelegd tegen de achtergrond van de algemene context en doelstelling van de beroepsprocedure tot verkrijging van schadevergoeding, zich ertegen verzet dat een nationale bepaling als die in het hoofdgeding onder de in punt 30 van het onderhavige arrest vermelde voorwaarden die toekenning doet afhangen van de vraag of

de aanbestedende dienst schuld had aan de schending van het recht inzake overheidsopdrachten.

In dit verband moet om te beginnen worden opgemerkt dat uit de bewoordingen van de artikelen 1, lid 1, en 2, leden 1, 5 en 6, en van de zesde overweging van de considerans van richtlijn 89/665 niet blijkt dat de schending van de regeling inzake overheidsopdrachten die de gelaedeerde recht op schadevergoeding kan geven, bijzondere kenmerken moet hebben, zoals samengaat met – bewezen of vermoede – schuld van de aanbestedende dienst, of het ontbreken van een grond voor vrijstelling van aansprakelijkheid.

Die analyse wordt bevestigd door de algemene context en doelstelling van het in richtlijn 89/665 bepaalde beroepsmiddel tot verkrijging van schadevergoeding.

Het is immers vaste rechtspraak dat de lidstaten weliswaar dienen te voorzien in beroepsprocedures aan de hand waarvan een met de regeling inzake overheidsopdrachten strijdig besluit van een aanbestedende dienst kan worden nietig verklaard, maar het staat hen gelet op de door richtlijn 89/665 nagestreefde doelstelling van voortvarendheid vrij op straffe van verval redelijke beroepstermijnen op te leggen teneinde te voorkomen dat de gegadigden en de inschrijvers op ieder moment inbreuken op die regeling kunnen opwerpen, waardoor de aanbestedende dienst verplicht zou worden om de volledige procedure opnieuw te beginnen om deze inbreuken te herstellen.

Bovendien kan een lidstaat op grond van artikel 2, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 89/665 bepalen dat na de sluiting van een overeenkomst ingevolge de gunning van een opdracht, de bevoegdheden van de voor beroepsprocedures verantwoordelijke instantie beperkt blijven tot de toekenning van schadevergoeding.

In die context kan het in artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 bepaalde beroep tot schadevergoeding in voorkomend geval slechts een procedureel alternatief vormen dat verenigbaar is met het effectiviteitsbeginsel dat ten grondslag ligt aan de door die richtlijn nagestreefde doelstelling van doeltreffendheid van de beroepen, indien de mogelijkheid om schadevergoeding toe te kennen bij schending van de regels inzake overheidsopdrachten evenmin als de overige in artikel 2, lid 1, bepaalde beroepsprocedures afhangt van de vaststelling dat de aanbestedende dienst schuld treft.

Zoals de Europese Commissie heeft aangevoerd, is het in dit verband weinig relevant dat, anders dan de nationale regeling waarop het reeds aangehaalde arrest van 14 oktober 2004, Commissie/Portugal, betrekking heeft, de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling de gelaedeerde niet belast met het bewijs dat de aanbestedende dienst schuld treft, maar de aanbestedende dienst verplicht het op hem rustende vermoeden van schuld te weerleggen en de daartoe inroepbare gronden beperkt.

Laatstgenoemde regeling houdt immers ook het gevaar in dat de inschrijver die door een onrechtmatig besluit van een aanbestedende dienst is gelae-deerd, toch het recht op vergoeding van de door dat besluit veroorzaakte scha-de wordt ontnomen indien de aanbestedende dienst erin slaagt het op hem rustende vermoeden van schuld te weerleggen.

Die inschrijver loopt op zijn minst het risico dat hij pas laat schadevergoeding ontvangt, aangezien een civiele procedure tot vaststelling van de verwijtbaar-heid van de gestelde schending lang kan duren.

In beide gevallen zou de situatie in strijd zijn met de in artikel 1, lid 1, en in de derde overweging van de considerans van richtlijn 89/665 bedoelde doel-stelling van deze richtlijn, te waarborgen dat tegen de door de aanbestedende diensten in strijd met het recht inzake overheidsopdrachten genomen beslui-ten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld.

Ook moet worden benadrukt dat, gesteld al dat Stadt Graz in de onderhavige zaak in juni 1999 kon oordelen dat zij, gelet op de aan het verloop van proce-dures voor het plaatsen van overheidsopdrachten inherente doelstelling van doeltreffendheid, gehouden was onmiddellijk gevolg te geven aan het besluit van de Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark van 10 juni 1999 zonder het verstrijken van de voor het beroep tegen dat besluit gestelde termijn af te wachten, de vaststelling van de gegrondheid van een beroep tot schade-vergoeding ingesteld door de inschrijver die is afgewezen na de nietigverkla-ring van dat besluit door een administratieve rechter, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft beklemtoond, niet in weerwil van de bewoordingen, de context en de doelstelling van de bepalingen van richtlijn 89/665 die in het recht op schadevergoeding voorzien, kan afhangen van een beoordeling van de schuld van de betrokken aanbestedende dienst.

Arrest Hof van Justitie d.d. 21 oktober 2010 (arrest Symvoulia Apochetefseon Lefko-sias) (zaak C-570/08)

In de vierde en de vijfde overweging van de considerans van de richtlijn rechts-bescherming worden de „ondernemingen in de Gemeenschap” uitdrukkelijk aangewezen als actoren ter zake van het instellen van beroepen betreffende procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten.

In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665, door de formulering dat de beroepsprocedures “althans toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht”, de kring bepaalt van personen aan wie op grond van deze richtlijn verplicht een recht van beroep moet worden toegekend.

In de derde plaats dient, tot staving van de in het vorige punt van dit arrest uiteengezette overwegingen, te worden beklemtoond dat blijkens de zevende overweging van de considerans van richtlijn 89/665 de wetgever van de Unie zich bewust was van de eventualiteit dat bepaalde schendingen niet ongedaan zouden kunnen worden gemaakt indien de ondernemingen geen beroep zou-

den instellen tegen onwettige of onjuiste besluiten, met dien verstande dat dergelijke besluiten ook zouden kunnen zijn vastgesteld door voor beroepsprocedures verantwoordelijke instanties die geen gerechten zijn. Om een dergelijke situatie te verhelpen, voorziet artikel 3 van richtlijn 89/665 echter in een algemene interventiebevoegdheid van de Commissie, overeenkomstig de in die bepaling vastgestelde procedure.

Derhalve bevat de formulering van richtlijn 89/665 geen enkel element voor de conclusie dat de wetgever van de Unie ook de aanbestedende diensten als actoren ter zake van het instellen van beroepen in het kader van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten heeft willen beschouwen. De bepalingen van artikel 2, lid 8, van deze richtlijn moeten dus worden gezien als een specifiek vereiste, gepaard met bepaalde garanties, dat aan de lidstaten wordt opgelegd wanneer de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke basisinstanties geen gerechten zijn, en wijzigen niet de kring van personen aan wie krachtens genoemde richtlijn een recht van beroep wordt toegekend.

Deze conclusie vindt steun in het doel van richtlijn 89/665.

De eerste en de derde overweging van de considerans van deze richtlijn formuleren immers het bij de vaststelling hiervan nagestreefte doel, in samenhang met het doel dat wordt nagestreefd door de richtlijnen die materiële bepalingen inzake overheidsopdrachten bevatten. Aangezien het doel van deze laatste richtlijnen de openstelling, binnen de Unie, van overheidsopdrachten voor mededinging op transparante en niet-discriminerende grondslag is, en die richtlijnen geen specifieke bepalingen ter waarborging van de daadwerkelijke naleving ervan bevatten, vervult richtlijn 89/665 deze functie door de lidstaten te verplichten doeltreffende en snelle beroepsprocedures in te stellen.

De bestaansreden van richtlijn 89/665 is dus, door het invoeren van adequate beroepsprocedures de goede toepassing mogelijk te maken van de materiële bepalingen van het recht van de Unie inzake overheidsopdrachten, die aan de in de lidstaten gevestigde marktdeelnemers de openstelling voor een onvervalste en zo groot mogelijke mededinging willen verzekeren.

De overwegingen in punt 29 van het onderhavige arrest worden bovendien bevestigd door de bepalingen van richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PB L 335, blz. 31). Hoewel deze richtlijn *ratione temporis* niet van toepassing is op de feiten van het hoofdgeding, bevat zij toch nuttige elementen voor de uitlegging van het door richtlijn 89/665 ingevoerde systeem, aangezien zij dit systeem niet wijzigt, maar luidens punt 3 van haar considerans beoogt aan deze laatste richtlijn "de noodzakelijke verduidelijkingen [aan te brengen] om de door de communautaire wetgever beoogde resultaten te bereiken".

Zo worden, met name in de punten 4, 6, 7, 14 en 27 van de considerans van richtlijn 2007/66, de "betrokken inschrijvers" en de "bedrijven" genoemd als

personen die de door deze richtlijn gewenste doeltreffende rechtsbescherming genieten, en als actoren ter zake van het instellen van de beroepen.

Verder dient te worden beklemtoond dat artikel 1 van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66, voortaan is getiteld “Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures”, terwijl artikel 2 is getiteld “Voorschriften voor beroepsprocedures”. Dit bevestigt de overweging dat de luidens artikel 2, lid 8, thans lid 9, van richtlijn 89/665 aan de lidstaten opgelegde verplichting om te voorzien in een beroep bij een rechter tegen de beslissingen van de voor beroepsprocedures verantwoordelijke instanties die geen gerechten zijn, een specifiek vereiste van genoemde richtlijn is en de aanbestedende diensten niet opneemt in de kring van actoren die onder de werkingssfeer ervan vallen.

Bovendien is artikel 3 van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66, voortaan getiteld “Correctiemechanisme” en bevestigt het de algemene interventiebevoegdheid van de Commissie in geval van ernstige inbreuk op het recht van de Unie.

Daaruit volgt dat artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665 van de lidstaten niet verlangt dat zij ook ten gunste van de aanbestedende diensten voorzien in een beroep in rechte.

Gelet echter op de in artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 aan de lidstaten opgelegde verplichting om het recht van beroep „althans” aan alle in die bepaling omschreven personen toe te kennen, en gelet ook op de procedurele autonomie die de lidstaten genieten, dient te worden geoordeeld dat niets deze laatste belet om in voorkomend geval de kring van personen voor wie de beroepsprocedures in de zin van voornoemde bepaling openstaan, uit te breiden tot de aanbestedende diensten, ingeval de besluiten van de aanbestedende diensten nietig zouden worden verklaard door basisautoriteiten die geen gerechten zijn.

Arrest Hof van Justitie d.d. 09 december 2010 (arrest Combinatie Spijker Infrabouw / De Jonge Konstruktie e.a.) (zaak C-568/08)

Opgemerkt moet worden dat, zoals wordt uiteengezet in de vijfde overweging van de considerans van richtlijn 89/665, de korte duur van de aanbestedingsprocedures een spoedbehandeling van de inbreuken op de bepalingen van het Unierecht noodzakelijk maakt.

Met het oog op deze doelstelling bepaalt artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 dat de lidstaten voorzien in de invoering van doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep tegen besluiten die mogelijk het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat recht is omgezet, hebben geschonden.

Meer bepaald verplicht artikel 2, lid 1, sub a, van die richtlijn de lidstaten om te voorzien in de nodige bevoegdheden om “zo snel mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad”.

Uit artikel 2, lid 2, van die richtlijn, dat bepaalt dat de in artikel 2, lid 1, daarvan bedoelde bevoegdheden kunnen worden opgedragen aan afzonderlijke instanties die verantwoordelijk zijn voor verschillende aspecten van de beroepsprocedures, volgt met name dat de lidstaten de bevoegdheid tot het nemen van voorlopige maatregelen en de bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen, aan afzonderlijke instanties kunnen opdragen.

Volgens artikel 2, lid 3, van richtlijn 89/665 behoeven de beroepsprocedures niet per se een automatische opschortende werking te hebben voor de aanbestedingsprocedures waarop zij betrekking hebben. Hieruit volgt dat de lidstaten op grond van deze richtlijn in hun nationale wetgeving mogen bepalen dat in voorkomend geval opschortende maatregelen kunnen worden gevorderd in andere procedures dan die waarin de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten ten principale worden behandeld.

Artikel 2, lid 4, van die richtlijn, waarin wordt gepreciseerd dat een besluit om geen voorlopige maatregelen toe te staan de andere rechten die worden opgeëist door degene die om deze maatregelen verzoekt, onverlet laat, voorziet eveneens in de mogelijkheid van een bodemprocedure die verschilt van de procedure voor de toekenning van voorlopige maatregelen.

Derhalve moet worden vastgesteld dat richtlijn 89/665 de lidstaten een discretionaire bevoegdheid laat bij de keuze van de procedurele waarborgen waarin zij voorziet en van de desbetreffende formaliteiten.

Opgemerkt moet worden dat de kenmerken van de kortgedingprocedure waarom het in het hoofdgeding gaat, inherent zijn aan procedures die gericht zijn op zo spoedig mogelijke vaststelling van voorlopige maatregelen, zodat zij als zodanig stroken met de voorschriften van de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, sub a, van richtlijn 89/665.

Uit het voorgaande volgt dat richtlijn 89/665 niet in de weg staat aan een stelsel waarin voor het verkrijgen van een spoedige beslissing slechts een procedure beschikbaar is die erdoor wordt gekenmerkt dat zij is gericht op een snelle ordemaatregel, er geen recht is op uitwisseling van conclusies door advocaten, er in de regel geen ander bewijs is dan door geschrift en de wettelijke bewijsregels niet van toepassing zijn.

...

Op de tweede vraag moet worden geantwoord dat de artikelen 1, leden 1 en 3, en 2, leden 1 en 6, van richtlijn 89/665 niet in de weg staan aan een stelsel waarin voor het op korte termijn verkrijgen van een rechterlijke beslissing slechts een procedure beschikbaar is die erdoor wordt gekenmerkt dat zij is gericht op een snelle ordemaatregel, er geen recht is op uitwisseling van conclusies door advocaten, er in de regel geen ander bewijs is dan door geschrift, de wettelijke bewijsregels niet van toepassing zijn en het vonnis niet leidt tot een definitieve vastlegging van de rechtsverhoudingen en ook geen onderdeel is van een besluitvormingsproces dat tot een dergelijk gewijsde leidt.

...

De Lidstaten zijn op grond van richtlijn 89/665 verplicht om te voorzien in de invoering van vorderingen in kort geding tegen besluiten ter zake van overheidsopdrachten wegens schending van het Unierecht of van de nationale voorschriften waarin dat recht is omgezet.

Volgens artikel 2, lid 2, van die richtlijn kunnen dergelijke vorderingen worden behandeld door andere instanties dan die welke verantwoordelijk zijn voor vorderingen ten gronde, zoals schadevorderingen.

Gezien de mogelijkheid om in een dergelijk stelsel te voorzien, kan niet worden uitgesloten dat de rechter in kort geding en de bodemrechter, die achtereenvolgens over een en hetzelfde geschil moeten oordelen, de toepasselijke voorschriften van het Unierecht op uiteenlopende wijze uitleggen. In de eerste plaats dient de rechter in kort geding een beslissing te geven in het kader van een spoedprocedure waarin zowel de bewijsvergaring als het onderzoek van de middelen van partijen noodzakelijkerwijs summierder is dan in het kader van de bodemprocedure. In de tweede plaats wordt met de inschakeling van de rechter in kort geding, anders dan die van de bodemrechter, geen definitieve uitspraak op de bij hem ingestelde vorderingen beoogd, maar de voorlopige bescherming van de betrokken belangen, in voorkomend geval door die tegen elkaar af te wegen.

De wetgever van de Unie heeft de specifieke aard van de taak van de rechter in kort geding in artikel 2, leden 1, sub a, en 4, van richtlijn 89/665 erkend door in het bijzonder te beklemtonen dat het bij de door die rechter getroffen maatregelen om voorlopige maatregelen gaat.

Het is inherent aan het stelsel van rechtsmiddelen waarin deze richtlijn voorziet dat de bodemrechter aan het Unierecht, met name aan richtlijn 2004/18, een andere uitlegging kan geven dan de rechter in kort geding. Een dergelijke uiteenlopende beoordeling houdt niet in dat een gerechtelijk systeem zoals in het hoofdgeding aan de orde niet voldoet aan de vereisten van richtlijn 89/665.

...

Artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 geeft duidelijk aan dat de lidstaten moeten voorzien in de mogelijkheid van toekenning van schadevergoeding in geval van schending van de voorschriften van het Unierecht inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, maar preciseert noch onder welke voorwaarden een aanbestedende dienst aansprakelijk kan worden geacht noch hoe het bedrag van de schadevergoeding wordt bepaald tot betaling waarvan hij kan worden veroordeeld.

Deze bepaling vormt een concretisering van het beginsel dat de staat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het Unierecht die hem kunnen worden toegerekend. Volgens na de vaststelling van richtlijn 89/665 ontwikkelde, maar inmiddels vaste rechtspraak is dit

beginsel inherent aan de rechtsorde van de Unie. Het Hof heeft geoordeeld dat benadeelde particulieren recht hebben op schadevergoeding wanneer is voldaan aan drie voorwaarden, te weten dat het geschonden voorschrift van Unierecht ertoe strekt hun rechten toe te kennen, dat het om een voldoende gekwalificeerde schending van dat voorschrift gaat en dat er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen deze schending en de door de particulieren geleden schade.

Tot nu toe heeft het Hof in zijn rechtspraak met betrekking tot beroepen ter zake van het plaatsen van overheidsopdrachten geen gedetailleerdere maatstaven gegeven aan de hand waarvan de schade moet worden vastgesteld en begroot.

Wat de wettelijke regeling van de Unie betreft, moet worden opgemerkt dat richtlijn 89/665 aanzienlijk is gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG (PB L 335, blz. 31), die is vastgesteld na de datum van de feiten die tot het hoofdgeding hebben geleid. Bij die gelegenheid heeft de wetgever van de Unie evenwel verzuimd bepalingen op dit punt vast te stellen.

Bij gebreke van Uniebepalingen ter zake dient de interne rechtsorde van elke lidstaat de maatstaven te bepalen aan de hand waarvan de schade die het gevolg is van schending van het Unierecht inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, moet worden vastgesteld en begroot.

Volgens vaste rechtspraak mogen de procedureregels voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen, niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel), en mogen zij de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).

6.2. Concessies van diensten

Arrest Hof van Justitie d.d. 13 april 2010 (arrest Wall) (zaak C-91/08)

Concessieovereenkomsten voor diensten vallen in de huidige stand van het recht van de Unie niet binnen de werkingssfeer van een van de richtlijnen op het gebied van overheidsopdrachten.

Volgens de rechtspraak van het Hof is het bij ontbreken van een regeling op het niveau van de Unie een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de rechtsmiddelen vast te stellen die ertoe strekken, de rechten te beschermen die de justitiabelen aan het recht van de Unie ontleen.

Deze rechtsmiddelen mogen niet ongunstiger zijn dan soortgelijke nationale rechtsmiddelen (gelijkwaardigheidsbeginsel) en mogen de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).

Hieruit volgt dat het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, die zijn neergelegd in de artikelen 43 EG en 49 EG, en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting niet gebieden dat de nationale autoriteiten een overeenkomst opzeggen en dat de nationale rechterlijke instanties een bevel uitvaardigen telkens wanneer deze verplichting niet zou zijn nagekomen bij de gunning van dienstenconcessies. Het is een aangelegenheid van de nationale rechtsorde om de rechtsmiddelen ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan deze verplichting ontnemen, zodanig vast te stellen dat deze middelen niet ongunstiger zijn dan soortgelijke nationale rechtsmiddelen en de uitoefening van deze rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

Arresten chronologisch

Arrest Hof van Justitie d.d. 28 januari 2010 (arrest commissie t. Ierland) (zaak C-456/08)

Arrest Hof van Justitie d.d. 28 januari 2010 (arrest Uniplex) (zaak C-406/08)

Arrest Hof van Justitie d.d. 25 februari 2010 (arrest Car Trim) (zaak C-381/08)

Arrest Gerecht d.d. 02 maart 2010 (arrest Evropaïki Dynamiki t. EMSA) (zaak T-70/05)

Arrest Gerecht d.d. 19 maart 2010 (arrest Evropaïki Dynamiki t. commissie) (zaak T-50/05)

Arrest Hof van Justitie d.d. 25 maart 2010 (arrest Helmut Müller) (zaak C-451/09)

Arrest Hof van Justitie d.d. 13 april 2010 (arrest Wall) (zaak C-91/08)

Arrest Hof van Justitie d.d. 22 april 2010 (arrest commissie t. Spanje) (zaak C-423/07)

Arrest Hof van Justitie d.d. 29 april 2010 (arrest commissie t. Duitsland) (zaak C-160/08)

Arrest Hof van Justitie d.d. 06 mei 2010 (arrest Club Hotel Loutraki e.a.) (gevoegde zaken C-145/08 en C-149/08)

Arrest Gerecht d.d. 11 mei 2010 (arrest PC-Ware Information Technologies t. commissie) (zaak T-121/08)

Arrest Gerecht d.d. 20 mei 2010 (arrest Duitsland t. commissie) (zaak T-258/06)

Arrest Hof van Justitie d.d. 03 juni 2010 (arrest Sporting Exchange) (zaak C-203/08)

Arrest Hof van Justitie d.d. 15 juli 2010 (arrest Bâtiments et Ponts Construction e.a.) (zaak C-74/09)

Arrest Hof van Justitie d.d. 15 juli 2010 (arrest commissie t. Duitsland) (zaak C-271/08)

Arrest Gerecht d.d. 09 september 2010 (arrest Evropaïki Dynamiki t. commissie) (zaak T-300/07)

Arrest Hof van Justitie d.d. 08 september 2010 (arrest Engelman) (zaak C-6/08)

Arrest Hof van Justitie d.d. 30 september 2010 (arrest Strabag e.a.) (zaak C-314/09)

Arrest Hof van Justitie d.d. 21 oktober 2010 (arrest Symvoulia Apochetefseon Lefkostas) (zaak C-570/08)

Arrest Hof van Justitie d.d. 18 november 2010 (arrest commissie t. Ierland) (zaak C-226/09)

Arrest Hof van Justitie d.d. 09 december 2010 (arrest Combinatie Spijker Infrabouw / De Jonge Konstruktie e.a.) (zaak C-568/08)

Arrest Hof van Justitie d.d. 22 december 2010 (arrest Mehiläinen en Terveystalo Healthcare) (zaak C-215/09)